

BULLETTINO

DELL'ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO

BULLETTINO

DELL' ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO

PUBBLICATO PER CURA DEL SEGRETARIO PERPETUO

VITTORIO SCIALOJA

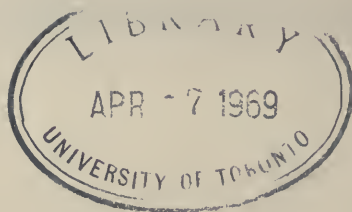
PROF. DI DIRITTO ROMANO NELLA R. UNIVERSITÀ DI ROMA

Anno VII (1894)

ROMA
L. PASQUALUCCI, EDITORE

1894.

K
9
S75
anno 7



TESTAMENTO DI C. LONGINO CASTORE

Nella seduta del 18 gennaio 1894 dell'Accademia delle Scienze di Berlino il professore T. Mommsen ha pubblicato un nuovo importantissimo documento di diritto romano, che l'Egitto ci ha conservato ¹, cioè un testamento dell'anno 189 d. C.

È un papiro trovato nel Fayum, alto centimetri 22, largo 53.5, scritto in due colonne, appartenente al Museo Egizio di Berlino, ove è designato con P. 7820. Brani di un secondo esemplare dello stesso documento sono conservati in un altro papiro dello stesso Museo, P. 7047. Il Mommsen con l'aiuto dei signori Krebs e Gradenwitz ha trascritto il testo, proponendo i supplementi alle lacune, ed illustrando quindi i punti più importanti con quell'acume e quella dottrina, che tutti conoscono.

Credo far cosa utile riproducendo il testo greco con una versione latina del professore P. Bonfante, e aggiungendovi brevi osservazioni, nelle quali naturalmente ho tenuto gran conto delle illustrazioni del Mommsen.

In tre luoghi (col. II, v. 10. 15. 23) ho potuto modificare il testo stampato dal Mommsen seguendo le indicazioni da lui stesso benevolmente comunicatemi. In qualche altro luogo ho tacitamente

¹ Sitzungsberichte der Kön. Preussischen Akademie der Wissenschaften zu Berlin (1894) Sitzung der phil.-hist. Classe vom 18 Januar. *Aegyptisches Testament vom Jahre 189 n. Chr.* von Th. MOMMSEN, pag. 47-59.

corretti alcuni errori di accentuazione commessi dal tipografo berlinese.

Il testo è dato secondo il primo esemplare più completo. I passi conservati anche nel secondo esemplare sopra accennato sono indicati con una linea sottoposta.

I supplementi, che sono tutti del Mommsen, eccetto uno (colonna I, v. 7), sono chiusi tra parentesi quadre []. Io peraltro non ho posto nel testo parecchi supplementi dati dal Mommsen, quando mi sono sembrati troppo incerti.

Considerata la grande importanza del documento, facciamo voti, affinchè il Mommsen induca l'Accademia berlinese a pubblicarne un fac-simile, come fu fatto, per esempio, per il *libellus* dell'anno 250 d. C. edito dal Krebs nel 1893.

A tergo

Γ]αι[ου Λογγίνου] Κ[άσ]τορος

Col. I.

- 1 [Ἑρμηνί]α διαλ(ήκης)
 2 [Γάιος Λογγίνος Κάστωρ οὗς]τρανὸς ἐντίμως ἀπολυθε[ί]ς
 3 [ἐκ κλάσσης πραιτωρί]ας Μισσηνῶν [δια]θήκηην ἐποίη[σεν].
 4 [] Μαρκέλλαν δοῦ[λην] μ[ο]υ μίζονα ἐ[τ]ῶν
 5 [τριάκοντα καὶ Κλεοπάτραν].δοῦλην μου μ[ι]ζονα ἐτῶν τριάκοντα

A tergo

Gaii Longini Castoris

Col. I.

1. 2 *Interpretatio testamenti.* | *Gaius Longinus Castor veteranus*
 3 *honestam missionem dimissus* | *ex classi praetoria Misenatium testa-*
 4 *mentum fecit.* | *Marcellam servam meam maiorem*
 5 *annis* | *triginta et Cleopatram servam meam maiorem annis tri-*

- 6 [] νόμος ἐξ Ἰσου μ[έρους] ἐμῶ κληρονόμ.]ν
 7 [Λοιποὶ δὲ πᾶς ἀποκληρονόμοι [μου] ¹ ἔστωσαν. Πρὸς[ε]λέσ.
 8 [] μου ἐκάστη ὑπὲρ τοῦ ἰδίου μέρους ἀπὸ τ[ῶ]ν
 9 [] ρᾶσθαι· ἐαυτῇ ἐμῶ κληρονόμον εἶναι μὴ ἐξί-
 10 [ναι· δ]ὲ π[ι]π[ρά]σκιν μὴδὲ ὑποτιθεσθαι. Ἀλλ'εἴ τι ἐάν ἀν[θ]ρώπινον πᾶ-
 11 [θῃ] Μαρκέλλ[α] ἡ προγεγραμμένη, τότε τὸ μέρος τῆς κληρονομίας ἐαυτῆς
 12 [πρ]ὸς Σαραπίωνα καὶ Σωκράτην καὶ Λόγγον κταντῆσαι θέλω. Ὅμοίως
 13 [Κλε]οπάτραν τὸ μέρος αὐτῆς πρὸς Νεῖλον κταντῆσαι θέλω. Ὅς ἐάν μου κλη-
 14 [ρον]όμος γέ[νητ]αι, ὑπεύθυνος ἔστω δῶναι ποιῆσαι παρασχέσθαι αὐ-
 15 [τά] πάντα, [ἃ] ἐν ταύτῃ τῇ διαθήκῃ μου γεγραμμένα εἶη, τῇ τε πίστι
 16 [α]ὐτῆς παρακατέσθαι.
 17 [Σαρ]απίας δοῦλη μου, θυγάτηρ Κλεοπάτρας ἀπελευθέρως μου, ἐλευθέρα ἔστω.
 18 [ἡ] καὶ διδῶμι καταλίπω ἀρούρας σιτικὰς πέντε, ἃς ἔχω περὶ κώμην Κα-
 19 [ρα]νίδα ἐν τόπῳ λεγομένῳ Στρουθῶ· ὁμοίως ἄρουραν μίαν τέταρτον
 20 [κο]ιλιάδας· ὁμοίως τρίτον μέρος οἰκίας μου καὶ τρίτον μέρος ἐκ τῆς αὐ-
 21 [τ]ῆς οἰκίας, ὃ ἡγόρασα πρότερον παρὰ Πραπεθεύτος μητρὸς Θασεύτος.
 22 [ὁ]μοίως τρίτον μέρος φοινικῶνος, ὃν ἔγω ἐνγίστα τῆς διώρυγος, ὃ καλεῖται
6. 7 ginta | ex aequis partibus mihi hered . . . | *Ceteri omnes*
 8 exheredes sunt. *Eli*gat sibi mei quaeque super propriam
 9. 10 partem ex | ipsam mihi heredem esse, ne liceat
 11 vendere neve obligare. Sed si quid humanum pa|tiatur Marcella
 12 supra scripta, tum partem hereditatis eius | ad Serapionem et So-
 13 cratem et Longum pervenire volo. Similiter | Cleopatram: partem
 14 eius ad Nilum pervenire volo. Quisquis mihi heres erit, damnas
 15 esto dare facere praestare e|a omnia, *quae in* hoc meo testamento
 16. 17 scripta fuerint, fideique | eius committo. | *Sarapias* serva mea
 18 filia Cleopatrae libertae meae libera esto: | cui etiam do lego
 19 aruras frumentarias quinque, quas habeo circa pagum Ca|ranidem
 in loco dicto Strutho: similiter aruram unam et quartam partem |
 20 vallis: similiter tertiam partem domus meae et tertiam partem
 21 illius| domus, quam emi pridem a Prapetheute matris Thaseutis:
 22 | similiter tertiam partem palmeti, quod habeo prope fossam,
 quae vocatur |

¹ Il Mommsen indica prima di ἔστωσαν una lacuna di tre lettere. A me pare che si debba evidentemente supplire μου. Le ragioni di ciò saranno esposte più oltre.

Col. II.

- 1 παλαι[ά] διώρυξ. Ἐκκο[μι]σθήναι περιστ[αλ]ήναι τε ἑμαυτὸ[ν] θέλω τῇ
φροντίδι καὶ εὐσεβείᾳ
2 τῶν [κ]ληρονόμων μου. Εἴ τι ἐὰν ἐγὼ μετὰ ταῦτα γεγραμμένον καταλίπω
τῇ ἐμῇ χειρὶ γεγραμμένον,
3 εἴω δὴ[π]οτε τρόπῳ βέβα[ιό]ν μοι εἶναι θέλω. Ταύτῃ τῇ διαθήκῃ δόλος
πονηρὸς ἀπέστη. Οἰκετιὰν χρή-
4 ματα τ[αύ]της διαθήκης γενομένης ἐπρίατο Ἰούλιος Περωνιανὸς σιστερ-
τίου νούμμου ἐνός, ζυ-
5 γοστα[τοῦ]ντος Γαίου Λουκρητίου Σατορνείλου, ἐπέγνοι. Ἀντεμαρτόρατο
Μάρκον Σεμπρώνιον Ἡρα-
6 κλια[νό]ν, ἐπέγνοι. Ἡ δια[θή]κῃ ἐγένετο ἐν κ[ώ]μῃ Καρανίδι νομῶ Ἀρσινοςίτῃ
πρὸ τε καλανδῶν Νο-
7 εμβρ[ι]ῶν δυοῖ Σιλάνοις ὑπάτοις, Λ[ι]¹ αὐτοκράτορος Καίσαρος Μάρ[κο]ο
Αἰρηλίου Κο[μ]όδου Ἀντωνει[ν]ου.
8 εὐσεβοῦς εὐτοχοῦ Σεβαστοῦ Ἀρμενιοῦ Μηδικοῦ Παρθικοῦ Σαρματικοῦ
Γερμανικοῦ Ἀθὺρ κα. Εἰ δέ

Col. II.

- 1 vetus fossa. Funerari sepelirique me volo cura et pietate |
2 heredum meorum. Si quid ego post haec scriptum reliquero mea
3 manu scriptum | quoquo modo valere volo Ab hoc testamento do-
4 lus malus afuit. Familiam pe|cuniam huius testamenti facti emit
5 Julius Petronianus sestertio nummo uno, li|bripende Gaio Lucretio
Saturni[n]o, agnovit. Antestatus est Marcum Sempronium Hera-
6 clianum, agnovit. Testamentum factum est in pago Caranide nomo-
7 Arsinoete XV Kalendas No|vembres duobus Silanis consulibus,
8 anno X imperatoris Caesaris Marci Aureli Commodi Antonini | pii
felicitis Augusti Armeniaci Medici Parthici Sarmatici Germanici,

¹ Così credo debba certamente correggersi il Λ[ι] dato dal Mommsen, che significherebbe anno XXX. Questo è assolutamente impossibile e dipende o da errore del manoscritto o da errore di lettura. Commodus non ha imperato 30 anni, e d'altronde il consolato dei due Silani indica l'anno 189 di Cristo, ossia il decimo dell'impero di Commodus.

- 9 τι πε[ρ]ισσὰ γράμματα τῇ χειρὶ μου γεγραμμένα καταλίπω, βέβαια εἶναι θέλω.
 10 Ἡνύτη. Καὶ ¹ ἀνεγνώσθη Ἀρσινόει τῇ μητροπόλει ἐν τῇ Σεβαστῇ ἀγορᾷ
 ἐν τῇ στατιῶνι τῆς εἰκοσ-
 11 τῆς τῶν κληρονομιῶν καὶ ἐλευθεριῶν πρὸ θ' καλανδῶν Μαρτιῶν ὑπάτοις
 τοῖς οὗσι Λβ
 12 αὐτοκράτορος Καίσαρος Λουκίου Σεπτιμίου Σευήρου Περτίνακος Σεβαστοῦ
Μεχεῖρ κζ. Οἱ λοιποὶ σφραγίσται ²
 13 Γάιος Λογγίνος Ἀκύλας, ἐπέγονι, Ἰούλιος Βολύσσιος, Μᾶρκος Ἀντίστιος
 Πετρωνιανός, Ἰούλιος
 14 Γεμέλλος οὐετρ[α]νός.
 15 Ἑρμηνία κωδικίλλων ³ διπτύχων. Γάιος Λογγίνος Κάστωρ οὐετρανός
 ἀπολυθεὶς ἐν-
 16 τίμως ἐκ κλάσσης πραιτωρίας Μισσηνῶν κωδικίλλους ἐποίησα. Μᾶρκον Σεμ-
 πρώνιον Ἑρα-
 17 κλιανὸν φίλον καὶ ἀξιόλο[γ]ον ἐποίησα ἐπίτροπον τῇ ἰδίᾳ πίστι. Συνγενεὶ
 Ἰουλίῳ Σερήνῳ διδωμὶ
 18 καταλίπω σηστερτίους νόμμους δ' ⁴ Πρὸ ζ' εἰδῶν Φεβρυαρίῳ τῇ ἰδίᾳ μου
 χειρὶ ἔγραψα. Ἑσφρά-

9 Athyr xxi. Si vero | alias literas mea manu scripta reliquero, valere
 10 volo. | Perfectum est. Et recitatum est Arsinoe metropoli in foro
 11 Augusto in statione vige|simae hereditatium et manumissionum
 12 ix Kalendas Martias consulibus qui sunt, anno II | imperatoris
 Caesaris Lucii Septimii Severi Pertinacis Augusti, Mecheir xxvii.
 13 Reliqui signatores | Gaius Longinus Aquila, agnovit, Julius Vo-
 14 lusius, Marcus Antistius Petronianus, Julius | Gemellus vetera-
 15 nus. | Interpretatio codicillorum diptychorum. Gaius Longinus
 16 Castor veteranus ho|nesta missione dimissus ex classi praetoria
 17 Misenatium codicillos feci. Marcum Sempronium Hera|clianum
 amicū et bene merentem feci tutorem ex ipsius fide. Julio Se-
 18 reno cognato do | lego sestertios nummos quattuor. vii Idus Fe-

¹ Il Mommsen mi avverte, che così deve leggersi secondo l'ultima revisione del Krebs. Egli nella sua pubblicazione aveva dato Ἡνύτῃ[θ]η, notando che secondo il Krebs l'ultima lettera era ο η ο αι.

² Nel primo esemplare la parola è abbreviata, nel secondo doveva essere scritta per disteso.

³ Così il Mommsen stesso avverte doversi correggere lo stampato κωδικίλλων.

⁴ Nel secondo esemplare si legge τεσσαρες.

- 19 γισαν Λογγίνος Ἀκύλας¹ καὶ Οθαλέριος Πρίσκος · σφραγισται Γάιος Λογγίνος
 20 λιος Φιλόξενος, Γάιος Λουκρήτιος² Σατορνείλος, ἐπέγνοι, Γάιος Λογγίνος
 Κάστωρ, Ἰούλιος Γεμέλλος οὐε-
 21 τρανός. Ἰνότησαν. Καὶ ἀνεγνώσθησαν τῇ αὐτῇ ἡμέρᾳ, ἐν ᾗ καὶ ἡ δια-
 22 Γάιος Λούκιος Γεμινι[ανός] νομικός Ῥωμαϊκός ἡρμήνευσα τὸ προκείμενον
ἀντίγραφον καὶ ἐστιν σύμφω-
 23 νον⁴ τῇ αὐθεντικῇ διαθήκῃ.

19 *bruarias mea propria manu scripsi. Signa|verunt Longinus Aquila*
et Valerius Priscus; signatores Gaius Longinus Aquila, agnovit,
 20 *Julius Philoxenus, Gaius Lucretius Saturni[n]us, agnovit, Gaius*
 21 *Longinus Castor, Julius Gemellus ve|teranus. Perfecti sunt. Et*
 22 *recitati sunt eodem die, quo testamentum apertum est. | Gaius*
 Lucius Geminianus iuris peritus romanus interpretatus sum hoc
 23 *exemplum et est concor|dans authentico testamento.*

È chiaro che noi abbiamo qui la versione greca del testamento e dei codicilli di un veterano romano, con l'annotazione dell'apertura di essi, onde si può argomentare che la versione deve essere stata fatta sulla copia del testamento presa quando ne ebbe luogo l'apertura.⁵

Il testamento e i codicilli debbono dunque considerarsi come documenti latini, regolati interamente dal diritto romano; e nella illustrazione di essi conviene fondarsi sempre sulle formule latine degli atti testamentarî, anzichè sulle greche. A me pare che lo studio più interessante, che si possa fare su questo nuovo documento,

¹ Nel secondo esemplare *ακυλλας*.

² Nel secondo esemplare *λοκρη|*

³ Nel secondo esemplare *|θη*

⁴ Così il Mommsen avverte doversi correggere lo stampato *συμφωνών*.

⁵ Confr. PAULUS, *Sent.* IV, 6, 1.

consista appunto nel confrontarlo alle notizie ed agli altri esempi, che di simili atti ci sono rimasti. Nell'eseguire questo confronto mi sono servito anche di testamenti di data molto più recente, quali sono parecchi di quelli raccolti dal BRISSON¹ e dallo SPANGENBERG;² ed anzi non mi sono arrestato neppure dinanzi ai dubbi, anche giusti, circa l'autenticità di alcuni di essi; perchè le formule testamentarie si conservarono durante lungo tempo con grande persistenza, anche quando avevano perduto l'intrinseco loro valore, e perchè relativamente alle formule non molto importa che il testamento sia genuino o falso, purchè la falsificazione sia anch'essa antica o fatta in conformità di antichi documenti.

Essendo il testatore C. Longino Castore un veterano, il suo testamento è fatto *communi iure*, e non già in forma privilegiata.³

Il nome del testatore, che era scritto a tergo e in principio del testamento, si restituisce completamente in base ai codicilli, col. II v. 15.

Nella intestazione il testatore parla in terza persona *ἐποίησεν*, nel corpo stesso del testamento, invece, in prima persona. Ciò non è nuovo e indica probabilmente, come nota il Mommsen, che Longino Castore ha dettato il suo testamento. Nei codicilli, che sono scritti di mano propria, anche nella intestazione si trova la prima persona *ἐποίησα*, col. II, v. 16.

L'uso di dettare il testamento ci è accertato da numerose testimonianze⁴, e tutti ricordano le disposizioni penali del SC. Libo-

¹ BRISSONIUS, *De formulis et solennibus populi romani verbis*, per cura di J. A. BACH. Francofurti et Lipsiae, 1754. Tutte le citazioni del Brisson sono da me fatte secondo questa edizione.

² SPANGENBERG, *Juris romani tabulae negotiorum sollemnium*. Lipsiae, 1822. Questo libro intendo citare, dove scrivo semplicemente SPANGENBERG.

³ Inst. § 3 de mil. test. 2, 11.

⁴ Vedi, p. es., tra i moltissimi testi: l. 1 § 8, l. 14, l. 15, l. 22 ad l. Corn. de fals. 48, 10; l. 27, l. 28 qui test. fac. poss. 28, 1; l. 9 § 2 de H. 1: 28, 5; l. 40 pr. de test. mil. 29, 1. Confr. il caso narrato da PLINIO, *epist.* VI, 22, 3; e inoltre SUTONIO, *Aug.* 101; *Tiber.* 76; *Nero* 32.

niano e della legge Cornelia contro coloro, che avevano scritto disposizioni in favore proprio mentre stendevano il testamento sotto dettatura. Questi scrivani al tempo classico erano detti *testamentarii*¹, e non di rado nel testamento stesso era fatta menzione della opera da essi prestata nella scrittura². Niuna di queste menzioni si riscontra nel presente testamento di Longino Castore, ma ciò non toglie la probabilità della dettatura.

Le disposizioni del testamento incominciano naturalmente con la istituzione degli eredi; ma siccome erano nominate eredi due schiave del testatore, alla istituzione doveva precedere la manumissione testamentaria. Certamente tale manumissione e la susseguente istituzione erano contenute nei vv. 4-6 col. I; ma quali ne fossero le precise parole noi non sappiamo, perchè quei versi sono monchi e lacunosi.

Per la lacuna in principio del v. 4 il Mommsen propone il supplemento: ἐλευθέρας εἶναι βούλομαι, cioè *liberas esse volo*. Tale restituzione è possibile, ma non sicura, nè forse probabile.

Certo la forma classica della diretta manomissione testamentaria era *liber esto, liberi sunt* ovvero *estote*, di cui s'incontrano tanti esempi nelle nostre fonti, che sarebbe opera superflua addurne qui le prove. Ma poichè nel nostro testamento il nome delle liberte si trova in caso accusativo Μαρκέλλαν... δοῦλην... μίζονα, si deve ammettere avere il testatore adoperata un'altra forma. Quale? GAIO II, 267 dà, come parallela alla forma *Stichus servus meus*

¹ L. 9 § 3 de H. I. 28, 5; l. 1 pr. si quis al. test. prohib. 29, 6; l. 3 § 5 ad Sc. Treb. 36, 1; l. 15 § 6, l. 22 § 10 ad l. Corn. de fals. 48, 10. Testam. Dasumii, v. 123 (BRUNS, *Fontes*, 6ª ediz., p. 274). Conf. CICERO, *De Off.* 3, 18, 73. — *Scriptor testamenti*: l. 24 ad l. Corn. de fals. 48, 10. — Il testatore per confermare le sue disposizioni solea *subscribere*: l. 1 § 8, l. 15 § 1. 2. 3 ad l. Corn. de fals. 48, 10; l. 40 § 3 de statulib. 40, 7.

² Testam. Dasumii, v. 123. Testam. Constantii (BRUNS, *Fontes*, 6ª ediz. Gesta de ap. test., n. 474, p. 281 seg.). Testam. Caelii Aureliani (SPANGENBERG, p. 103). Testam. Georgii olosiricopratae (SPANGENBERG, p. 106). Testam. Hadoini (BRISSENIUS, p. 657). Testam. Berthichranni (*ibid.*, p. 659).

liber esto, l'altra *Stichum servum meum liberum esse iubeo*, e questa regola, come pure l'uso pratico di essa, risulta anche da altri numerosi testi ¹. È dunque molto probabile che Longino Castore avesse appunto adoperata questa forma *liberas esse iubeo*, la quale in greco avrebbe dovuto tradursi ἐλευθέρως εἶναι καλεῖσθαι, essendo καλεῖσθαι l'ordinaria traduzione di *iubeo* ².

Contro il βούλομαι sorgono più difficoltà. Esso corrisponderebbe ad un latino *volo* del testamento originale.

Ora è anzitutto da notare ³, che là, dove nell'originale si trovava veramente *volo*, il traduttore greco ha sempre usato θέλω (col. I vv. 12 e 13; col. II vv. 3 e 9), sicchè si dovrebbe ammettere che, invece di βούλομαι, egli avrebbe posto θέλω anche in questo luogo. Ciò non mi sembra facile, per il particolare significato di θέλω, che mal si adatta ad una diretta manumissione e istituzione; ma, d'altra parte, se il traduttore avesse qui posto βούλομαι, lo

¹ ULPIANUS, II, 7; Lex Salpensana, c. 28. L. 88 § 3 de leg. II; l. 52 de man. test. 40, 4; l. 4 pr. Cod. de V. S. 6, 38. Testam. Perpetui (SPANGENBERG, p. 84). Testam. Aredii et Pelagiae (SPANGENBERG, p. 116). — Confr. pure Testam. Dasumii, v. 54; l. 53 (54) de H. I. 28, 5; l. 60 de A. v. O. H. 29, 2; l. 52 § 1 fam. erc. 10, 2 e molti altri. Vedi anche il caso del testamento di Sabina narrato da PLINIO *epist.* IV, 10. — Dov'è tuttavia da notare che le frasi *liberum esse iussit*, *liber esse iussus* e simili dimostrano bensì in generale l'uso delle parole *liberum esse iubeo*, ma non significano con certezza che nel caso concreto lo schiavo fosse stato liberato con tali parole: veggasi, p. es., l. 30 de statulib. 40, 7: “*si ita liber esse iussus sit Stichus... liber esto*”, GAIUS II, 186: *Sed nos'er servus simul et liber et heres esse iuberi debet, id est hoc modo: ‘Stichus servus meus liber heresque esto, vel ‘heres liberque esto’.*

L'uso non raro della forma *iubeo* nelle manumissioni ci è anche confermato dalla forma simile nell'eredità *heredem esse iubeo*, dataci come *comprobata* da GAIUS, II, 117, ULPIANO, XXI; forma che non di rado doveva andare unita alla manumissione fatta egualmente: confr. l. 52 fam. erc. 10, 2; l. 55 (54) de H. I. 28, 5; l. 60 de A. v. O. H. 29, 2.

Che poi il verbo *iubere* si trovi anche in disposizioni fidecommissarie non deve far meraviglia. Conf. PERNICE, *Labeo*, III, p. 25.

² Vedi l. 8 de fideiuss. 46, 1. Testam. Gregorii Nazianzeni (SPANGENBERG, p. 72 sqq. passim). Testam. Hierii in Nov. 159 praef.

³ Questa osservazione mi è suggerita dal chiarissimo collega prof. E. Piccolomini.

avrebbe ripetuto anche nei luoghi seguenti, dove sarebbe stato non solo adatto, ma conforme ad un uso frequente ¹.

Ma altre obiezioni sorgono contro il *volo* nell'originale latino. Il testamento di Longino appare in tutte le altre sue formule perfettamente conforme alle regole e agli usi del tempo, come dimostreremo più oltre. Ma il *volo* non era in quel tempo parola, che si potesse dire del tutto corretta in una diretta manomissione, e molto meno ancora in una istituzione di erede, se il verbo stesso era usato, come diremo in seguito essere probabile, anche per tale istituzione. GAIO II, 267 non dà la formula *liberum esse volo*, e II, 177 dice *non comprobata* l'istituzione *heredem esse volo*; ULPIANO II, 7 e XXI non riferisce nè l'una, nè l'altra formula. Nelle tradizioni di scuola il verbo *volo* si mantenne sempre come più proprio delle disposizioni fidecommissarie ², mentre *iubeo* come più adatto alle dirette: ciò ripete ancora lo stesso Giustiniano ³.

Tuttavia non vorrei escludere il *volo* in un modo troppo assoluto; solo mi pare di non eccedere affermando, che in nessun testo classico si può stabilire con sicurezza che *liberum esse volo* sia usato in caso di diretta manomissione ⁴.

¹ βούλωμαι per il latino *volo* si trova in disposizioni del tutto simili a quelle, per le quali nel testamento di Longino si legge θέλω: l. 47 de adm. tut. 26, 7; l. 37 § 6 de leg. III; l. 30 § 1 de ad. leg. 34, 4; l. 60 de man. test. 40, 4; l. 41 § 3 de fid. lib. 40, 5 tutte di Scevola, e perciò contemporanee al nostro testamento; l. 46 § 1 de fid. lib. 40, 5 di Ulpiano; l. 34 § 1. 7 de leg. II; l. 4 pr. de al. leg. 34, 1 di Modestino; testam. Gregorii Nazianzeni, testam. Hierii Nov. 159 citati nella nota 2 pag. 9. Confr. pure l. 8 de fideiuss. 46, 1.

² GAIVS, II, 249; PAVLVS, Sent. IV, 1, 6. Gordiano nella l. 10 Cod. de fideic. 6, 42 in una disposizione fidecommissaria priva del verbo, ordina che si sottintenda appunto *volo*.

³ L. 2 Cod. comm. de leg. 6, 43; confr. pure Inst. § 3 de sing. reb. per fideic. rel. 2, 24.

⁴ La formula *liberum esse volo* si trova parecchie volte nelle fonti. Nel testamento di Dasumio, v. 40 (BRUNS, Fontes, 6^a ediz., p. 271) fu restituito *liberos esse volo*, ma da una parte la frase è incerta appunto perchè restituita, dall'altra parte si tratterebbe di fedecommissario. Due volte in PAVLVS, Sent. IV, 13, 3 e IV, 14, 1; nel primo caso certamente si ha un fedecommissario; nel secondo qualche dubbio potrebbe sorgere a causa della lezione dei manoscritti, ma secondo ogni probabilità si tratta anche di

Poche parole circa la formula *heredem esse volo*¹. Di questa abbiamo minor numero di esempi. Gaio II, 117 la dice *non comprobata*, come già più sopra si è notato; Ulpiano XXI ne tace. Nelle Pandette io la trovo due volte: una nella l. 37 § 2 de leg. III di Scevola, dov'è trattata come fedecommesso; l'altra nella l. 13 § 1 de iure codic. 29, 7 di Papiniano, la quale può dar luogo a qualche osservazione. Ivi è fatto il caso, che uno abbia scritto nei codicilli *Titium heredem esse volo*, senz'aver fatto testamento, e si decide che, se il disponente voleva ordinare un fedecommesso *ab intestato*,

un fedecommesso (vedi la nota in HUSCHKE, *Iurispr. anteiust.* ad b. l.). Due esempi ce ne dà Giuliano nelle Pandette: l. 12 de liberat. leg. 34, 3 non del tutto certo, o l. 47 § 4 de fid. lib. 40, 5 fedecommesso senza dubbio. Scevola ne presenta quattro esempi [più uno, in cui la formula è *volo sit mea liberta*, l. 41 pr. de fid. lib. 40, 5, fedecommesso]: l. 37 § 3 de leg. III fedecommesso; l. 23 § 1 de pec. leg. 33, 8, l. 59 pr. de man. test. 40, 4, l. 41 § 10 de fid. lib. 40, 5 più incerti, ma probabilmente anche fedecommissi. Ulpiano nella l. 46 § 2.3 de fid. lib. 40, 5 e Modestino nella l. 14 de fid. lib. 40, 5 trattano la disposizione come fedecommesso. Invece nella l. 52 de man. test. 40, 4 Paolo riferisce un rescritto imperiale, dove la manumissione è considerata come diretta, ma la formula che vi si legge è *Stephanum servum meum liberum esse volo vel iubeo*. Questa formula può ritenersi genuina? Non oserei dire sicuramente di no, perchè formule simili si trovano in altri testamenti, però di epoca molto più recente (Conf. *liberos esse iussero vel voluero* in testam. Georgii olosiricopraetae, SPANGENBERG, p. 107), mentre in altri si trovano in varie forme *volo ac iubeo* e simili (Confr. testam. Caesarii, SPANGENBERG, p. 86, testam. Caelii Aureliani, *ibid.*, p. 103. 104; e in greco testam. Gregorii Nazianzeni e testam. Hierii Nov. 159 passim). Tuttavia si può pensare che la l. 52 citata sia interpolata, per modo che se nel testamento si leggeva *iubeo*, il *volo* sia stato aggiunto dai compilatori in base ai principii stabiliti nella l. 2 Cod. comm. de leg. 6, 43, o forse dallo stesso Paolo per dimostrare che la massima valeva anche per le libertà fidecommissarie; se invece vi era *volo*, la libertà diretta si spiegherebbe nel caso concreto, perchè si trattava di un testamento militare, e allora *iubeo* sarebbe stato interpolato probabilmente da Paolo stesso nel rescritto imperiale per poterlo estendere ai testamenti pagani. Infine non ha certo alcun valore nella presente questione il *liberum esse volo* di Giustiniano nella l. 4 Cod. de verb. et rer. signif. 6, 38, e i tardi e mal definiti esempi del testam. Perpetui dell'anno 475 (SPANGENBERG, p. 82).

¹ Ci condurrebbe fuori del commento al presente testamento la ricerca circa il significato della formula *dari volo*, la quale si incontra frequentissimamente nelle fonti nelle disposizioni testamentarie singolari. Essa è propria del fedecommesso, ma tuttavia non di rado nei testi si parla di *legato* e di *legare* relativamente a disposizioni contenenti quella formula, soprattutto in testi di Scevola. La cosa va notata, perchè accenna alla graduale scomparsa della rigorosa distinzione tra legato e fedecommesso. A me non sembra possibile attribuire ai compilatori giustiniani la confusione di terminologia, che specialmente in Scevola si riscontra a tale proposito.

vale; se invece voleva far testamento, la disposizione è nulla. Il giuriconsulto dunque la considera per sè stessa come un fedecommesso; ma tuttavia ammette che il testatore abbia potuto usare quella formula con l'intenzione di fare una vera istituzione di erede; tal fatto non deve andar trascurato nella storia di queste formule. L'imperatore Costanzo ¹ nell'anno 339, abolendo l'osservanza delle formule esatte, nella l. 15 Cod. de testam. 6, 23 parificò la forma *volo* alle altre idonee alla diretta istituzione; il che dimostra pure che quella osservanza perdurava presso i giuristi fino a quel tempo.

Concludo che nel testamento di C. Longino Castore difficilmente poteva essere scritto *liberas esse volo*, e più difficilmente ancora *heredes esse volo*.

Il Mommsen, che per la manumissione propone *ἐλευθέρας εἶναι βούλομαι*, per la istituzione di erede propone invece nel v. 6 *καὶ ἐκάστη ἔστω κληρονόμος*, che sarebbe la traduzione della classica formula *heres esto*. Ma anche qui non mancano le difficoltà. Questa restituzione non si accorda con quanto si legge nel v. 6 *ἐξ ἑσού μ[έρους] ἐμοῦ κληρονόμ[ον].ν*, la quale lascerebbe supporre piuttosto un *κληρονόμον εἶναι κελεύω*, come traduzione della corretta formula più sopra dimostrata *ex aequis partibus mihi heredem esse iubeo* ². Il Mommsen per sostenere la sua congettura è costretto ad ammettere che il *κληρονόμ.ν* in fine del v. 6 debba cancellarsi, perchè scritto dapprima per errore. Ma ciò è oltre ogni dire sforzato, poichè il documento, che abbiamo, è semplicemente una traduzione, e, se nel testo latino si fosse letto *heres esto*, non era possibile che il greco interprete avesse scritto là, dove ora si legge, la parola *κληρονόμον*. Del resto è anche da notare, che con le restituzioni proposte dal Mommsen i primi versi del testamento sarebbero in media più brevi

¹ Il Codice Giustiniano ha *Imp. Constantinus*, ma che debba correggersi *Constantius* fu già notato da J. Gotofredo. Conf. KRÜGER, ad h. l.

² Forse il *κληρονόμ[ον].ν* si potrebbe completare anche in *κληρονόμῶν heredem esse*, con l'iotacismo, che si riscontra più volte nel testamento.

dei seguenti, che si leggono completi: non so se ciò corrisponda a qualche dato del documento originale.

Nella manumissione è da notare l'espressa menzione dell'essere le due schiave di età superiore ai 30 anni. Ciò manifestamente si riferisce al divieto della legge Elia Senzia di manomettere gli schiavi di età minore di 30 anni, se non *vindicta, apud consilium iusta causa manumissionis adprobata* ¹.

Alla istituzione di erede tien dietro la formula generale di diseredazione, certamente bene restituita dal Mommsen nel principio mancante. L'uso di questa formula era molto comune; essa aveva un significato, quando era destinata a diseredare quei *sui*, che non dovevano, come il figlio maschio, essere diseredati *nominatim* ²; negli altri casi essa era del tutto inutile, ma nondimeno spesso era usata come nel testamento di Longino Castore ³. Che la parola di tre lettere mancante nel testo dinanzi alla parola *ἐκ τῶν αὐτῶν*, nel v. 7, debba essere *μου*, risulta certamente dalla simile formula greca usata nel testamento di Gregorio Nazianzeno.

Le disposizioni seguenti nei versi 8 e 9 non riescono chiare a causa della grave lacuna. Il Mommsen congettura, che vi fosse scritto doversi le due eredi scegliere un tutore in una determinata cerchia di persone, probabilmente tra i liberti del testatore. Vero è, continua il Mommsen, che il manumissore non poteva nominare nel testamento il tutore alle donne (confr. Inst. 1, 23, 1), ma esse dovevano domandarlo al magistrato, essendo il manumissore morto senza figli; ma non è dubbio che il magistrato aveva riguardo alla proposta fatta dal manumissore nel testamento. Il Mommsen poi ricon-

¹ GAIUS, I, 18; II, 276. ULPIANUS, I, 12. Confr. l. 39 § 2 fam. erc. 10, 2; l. 46 de man. test. 40, 4; e per un'eccezione alla regola l. 27 de man. test. 40, 4.

² GAIUS, II, 128; ULPIANUS, XXII, 20; Inst. pr. § 1 de exher. liber. 2, 13; l. 25 pr. de lib. et post. 28, 2; l. 4 § 2 Cod. de lib. praet. 6, 28.

³ L. 132 pr. de V. O. 45, 1 (Paulus) " ... exheredationem vel emancipationem, res in extraneo ineptas „ Esempi di tali formule: Testam. Gregorii Nazianzeni (SPANGENBERG, p. 72); Testamentum Caesarii (SPANGENBERG, p. 86); Testamentum Remigii (BRISSENIUS, p. 656). Vedi pure la formula di Marcolfo citata dal BRISSENIUS, p. 659.

nette qui l'interpretazione del v. 16 della col. II, relativo alla nomina dell'ἐπίτροπος. Io mi riserbo di tornar sopra la questione del tutore a proposito appunto del v. 16 col. II. Per ora mi limiterò a dichiarare, che nei vv. 7 ed 8 io credo possibile anche che fosse contenuto un prelegato.

Segue, nei vv. 9 e 10, un divieto di alienare. Gli esempi di simili divieti sono frequentissimi nelle fonti del diritto romano, specialmente in riguardo alla famiglia e ai liberti ¹. Il divieto era giuridicamente efficace, se andava congiunto con disposizioni fidecommissarie dimostranti a favore di chi il divieto era disposto; altrimenti era un *nudum praeceptum* privo di giuridica sanzione ². Il Mommsen crede che nel caso nostro appunto di un nudo precetto si trattasse; ma, se non erro, tale interpretazione è inesatta, poichè il fedecommissario non manca.

Esso si ha nei seguenti vv. 10-13, che il Mommsen indotto forse da una falsa apparenza ha creduto contenessero una sostituzione (volgare). La forma τὸ μέρος τῆς κληρονομίας αὐτῆς πρὸς. . . καταντῆσαι θέλω ha frequenti riscontri nelle fonti giuridiche ³,

¹ Testam. Dasumii, v. 93 seq.; l. 67 § 5. 6 de leg. II (Papin.); l. 69 § 3. 4 eod. (Papin.); l. 77 § 11. 15. 27. 28 eod. (Papin.); l. 78 § 3 eod. (Papin.); l. 87 § 2 eod. (Paul.); l. 88 § 6. 15 eod. (Scaev.); l. 38 § 1. 2. 3. 5. 7 de leg. III (Scaev.); l. 94 eod. (Valens); l. 18 pr. de ann. leg. 33, 1 (Scaev.); l. 108 de cond. et dem. 35, 1 (Scaev.); l. 54 ad leg. Falc. 35, 2 (Marcellus); l. 80 (78) § 13 ad S. C. Treb. 36, 1 (Scaevola); Nov. 159. Confr. pure testam. Postumii Iuliani a. 385 (BRUNS, *Fontes*, 6^a ed., p. 279). Confr. i simili divieti relativi a sepolcri in BRUNS, *Op. cit.*, p. 335 a 338.

² L. 114 § 14 de leg. I (30) (Marcian.); l. 38 § 4 de leg. III (Scaev.); l. 93 pr. eod. (Scaev.). Divieto di alienare diretto al tutore; l. 5 § 9 de adm. et per. tut. 26, 7 (Ulpian.).

³ *Pervenire volo e pertinere volo* erano formule del pari usate; confr. per la prima l. 37 § 2 de leg. III (Scaev.) (vedi le parole del giureconsulto a proposito di una diversa formula testamentaria); l. 59 (57) § 1 ad SC. Treb. 36, 1 (Papin.); l. 49 de don. i. v. et ux. 24, 1 (Marcell.); confr. pure l. 11 § 9 de leg. III (Ulp.); l. 39 pr. de leg. III (Scaev.); l. 33 (32) ad SC. Treb. 36, 1 (Celsus); l. 77 (75) eod. (Scaev.), etc. Per la seconda GAIUS, II, 277; l. 88 § 9 de leg. II (Scaev.); l. 77 § 13 de leg. II (Papin.); l. 11 § 10 de leg. III (Ulp.); l. 38 § 2. 3. 5. de leg. III (Scaev.); l. 18 pr. de ann. leg. 33, 1 (Scaev.); l. 34 pr. de usu leg. 33, 2 (Scaev.); l. 7 de penu leg. 33, 9 (Scaev.), etc.

sempre per disposizioni fidecommissarie; e se talvolta si trova al-
cunchè di simile per sostituzioni volgari e pupillari ¹, facilmente
ciò si riconosce dalla formula caratteristiea *heres esto*, che in queste
si legge. Le parole poi εἰ τι ἐὰν ἀνθρώπινον πάθῃ non alludono (o
almeno non solamente) al caso di morte precedente all'apertura
della successione, ma alla morte dell'erede, che dà luogo alla re-
stituzione dell'eredità. Simili formule per indicare la morte non
sono rare nelle fonti. ²

Dopo i fedecommissi universali vengono i legati rafforzati con
la formula del fedecommissario. La frase *quisquis mihi heres erit*
(v. 13. 14) è delle più comuni. ³ Anche l'unione del legato al fe-
decommissario era cosa usuale. ⁴ Del resto a chiunque percorra con

¹ In *locum partemve eius heres esto*, l. 41 § 8 de vulg. et pup. subst. 28, 6 (Pa-
pin.), in *ejus partem [heres] esto*, l. 10 § 7 de vulg. et pup. subst. 28, 6 (Ulp.) sono
sostituzioni pupillari e volgari; in *locum partemve eius heredem esse volo*, l. 37 § 2 de
leg. III (Scaev.), è di nuovo fedecommissario.

² *Si quid humanitus ei contigerit*, Inst. § 1 de don. 2, 7; *si aliquid mihi huma-
num contigerit*, l. 26 pr. depos. 16, 3 (Paul.); *aliquid mihi humanitus acciderit*, l. 30
§ 2 de ad. leg. 34, 4 (Scaev.); *si quid ei humanitus contigerit*, l. 30 § 4 eod.; *si quid
mihi humanitus accidisset*, CICERO, *Phil.* I, 4, 10. Confr. *factum humanae sortis*, l. 21
pr. de evict. 21, 2 (Ulp.). In altro senso *rem humanam et naturalem passum*, l. 27
§ 9 ad l. Aq. 9, 2 (Ulp.).

³ Confr., p. es., Inst. § 7 de pup. subst. 2, 16; l. 21 de h. inst. 28, 5 (Pomp.);
l. 3 (Modest), l. 5 (Gaius), l. 8 pr. § 1 (Ulp.), l. 10 pr. (Ulp.), l. 31 pr. (Julian.),
l. 34 § 1 (Afric.), l. 43 § 3 (Paul.) de vulg. et pup. subst. 28, 6; l. 22 § 1. 2 si
quis om. causa 29, 4 (Julian.); l. 3 pr. de iur. cod. 29, 7 (Julian.); l. 14 § 1 eod.
(Scav.); l. 3, l. 4 § 1 (Ulp.), l. 81 § 4, l. 104 pr. § 3 (Julian.), l. 123 (Marcell.) de leg. I;
l. 88 § 3. 10. 11 de leg. II (Scaev.); l. 95 (Maecian.), l. 98 (Paul.) de leg. III; l. 20
§ 1 de ann. leg. 33, 1 (Scaev.); l. 8 (Paul.), l. 16 (Scaev.) de auro arg. leg. 34, 2;
l. 36 pr. de cond. 35, 1 (Marcell.); l. 1 § 13 ad L. Falcid. 35, 2 (Paul.); l. 28 [27]
§ 2 ad SC. Treb. 36, 1 (Julian.); l. 57 [55] § 3 eod. (Papin.); l. 40 § 8 de statulib.
40, 7 (Scaev.); l. 70, l. 227 § 1 (Paul.) de V. S. 50, 16; Testam. Dasumii, v. 14 (?);
testam. Georgii olosiricopratae (SPANGENBERG, p. 107).

⁴ Confr. l. 95 de leg. III (Maecian.); l. 36 pr. de cond. 35, 1 (Marcell.); l. 13 de
inoff. 5, 2 (Scaevola); notevole è il perdurare di simili formule ancora molto tardi;
p. es., testam. Hadoindi (BRISSENIUS, p. 658 in princ.): *ut ubicumque aliquid per hoc
testamentum meum dederò, legavero, dareque iussero, id ut detur, fiat, praestetur fidei
tuae, heres mea, committo*; testam. Georgii olosiricopratae (SPANGENBERG, p. 107): *quis-
quis mihi heres erit hereditate erunt ego eorum omnia fidei committo quod cuique hoc
testamentum meum dederò, legavero, darique iussero, fieri mandavero, fidei tuae commiserò,
ut id ut detur, fiat, praestetur fidei heredum meorum committo*.

l'occhio i testamenti, che ci sono rimasti o del tempo, al quale il nostro appartiene, o posteriori, non può sfuggire che frequentemente le forme dei legati sono uniti a quelle dei fedecommissi; fu questa forse una delle cause, per le quali i concetti di legato e fedecom-messo si vennero a poco a poco confondendo. Se si leggono attentamente i giureconsulti di questo tempo, si rimane spesso meravigliati dell'uso promiscuo delle parole che a legati e a fedecommissi si riferiscono, nè pare che tale premiscuità si possa tutta attribuire ai compilatori giustinianeî.¹

Tra i legati sono notevoli quelli fatti a Sarapias figlia della erede Cleopatra, che è anch'essa manomessa² e riceve per legato una parte importante di immobili e un terzo della casa e del pal-meto; sicchè effettivamente pare ch'essa riceva una parte pari a quella delle eredi: non è improbabile ch'essa fosse una figlia naturale del veterano testatore.

Il Mommsen osserva che la località indicata nei v. 19. 20 si trova nominata anche in un documento dell'anno 202³, nel quale una Valeria Paulina dichiara di possedere τὰς... περὶ κώμην Καρ-α-νίδα ἐν τόπῳ κοιλιάδι Στρουθοῦ λεγομένου ἐν μιᾷ σφρ(αγίδι) γῆς ἰδιοκτητοῦ ἀρούρας δύο.

La designazione (v. 21 col. I) della casa, come comprata da Prapeteute, ha riscontro naturalmente anche nei nostri testi⁴, ma è molto più comune nei documenti greci⁵; per questa parte dunque

¹ Vedi quanto si è detto più sopra, p. 11, nota. 1, specialmente relativamente a Scevola.

² La formula della manumissione *libera esto* è di manumissione diretta; ma non è improbabile, che si trattasse veramente di libertà fidecommissaria, poichè non è fatta menzione dell'età della schiava, come più sopra era fatta per le due eredi. Ciò nota il Mommsen.

³ *Aegyptische Urkunden der Berliner Museen*. Fasc. 5, n. 139.

⁴ Conf. l. 39 de pign. act. 13, 7 (Modest.); l. 17 pr. de cond. 35, 1 (Gaius); ULPIANUS, XXIV, 19; Inst. § 30 de legat. 2, 20; testam. Hadoindi (BRISSENIUS, p. 658).

⁵ Conf., p. es., i testamenti dei filosofi greci in BRUNS, *Kleinere Schriften*, II p. 192 segg. e *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, I, p. 1 segg.

possiamo riconoscere nel testamento del veterano un effetto degli usi del luogo dove egli aveva il suo patrimonio.

Segue (col. II v. 1. 2) una disposizione relativa ai funerali del testatore, cosa molto consueta.¹

La conferma dei codicilli futuri, che si legge in col. II v. 2. 3, è ripetuta pure nei seguenti v. 8. 9 dopo le formalità testamentarie. Anche di simili conferme abbiamo frequenti esempî nei testi.² Il tenore di esse è simile a quello della clausola codicillare, che pure tante volte si riscontra nei frammenti del digesto non solo, ma anche nei testamenti a noi rimasti. Che i codicilli fossero scritti di mano propria del testatore era consuetudine³; ma tuttavia era così poco necessario, che i codicilli avevano valore anche se scritti con mano aliena, quantunque nella conferma testamentaria il disponente avesse espressamente detto, che i codicilli non dovessero aver valore se non scritti di sua mano e sottoscritti.⁴

Notevole è la clausola ταύτη τῇ διαθήκῃ δόλος πονηρός ἀπέστῃ. Il Mommsen ricordando la formula *ab hoc monumento dolus malus abesto*, che si legge su monumenti sepolcrali⁵, suppone, seguendo il Wilcken, che ἀπέστῃ sia un errore invece di ἀπέστω. È tuttavia da ricordare che in un testamento di data molto posteriore (di assai dubbia autenticità) cioè nel testamento del vescovo Remigio⁶ si legge *Huic autem testamento dolus malus abest aberitque*, il che prova l'uso di simili formule nei testamenti.

¹ Confr. gli esempi in BRISSENIUS, VII, cap. 150-156, p. 638 segg. Circa l'uso del verbo *funerari* in senso passivo, come fu posto nella traduzione quale più probabile restituzione del testo latino, veggansi, p. es., l. 40 § 2 de ann. leg. 34, 2; l. 8 de sep. viol. 47, 12; PAULUS, *Sent.* V, 26, 3.

² Confr. l. 6 § 2 de iur. cod. 29, 7 (Marcian.); l. 18 eod. (Celsus); l. 56 de fid. lib. 40, 5 (Marcell.); l. 123 pr. de V. S. 50, 16 (Pompon.); testam. Dasumii, vv. 120. 121 [in massima parte restituito].

³ Confr. anche PLINIUS, *Epist.*, II, 16.

⁴ L. 6 § 1. 2 de iure codic. 29, 7 (Marcian.).

⁵ V. BRUNS, 6^a ed., p. 339, n. 33; ORELLI, 4391. 4374.

⁶ Vedi BRISSENIUS, p. 656; su questo testamento conf. SPANGENBERG, p. IV nota 2.

La menzione della *familiae emptio* (col. II v. 3-6) è conforme a quanto già noi sapevamo ¹; essa è simile alla *mancipatio nummo uno* a noi ben nota per altri documenti. Che la *mancipatio familiae* dovesse farsi anche *sestertio nummo uno* si poteva già dedurre dalla gratuità di essa. Notevole a conferma dell'opinione già oramai prevalente è il fatto che l'*antestatus* M. Sempronio Eracliano figura come uno dei testimoni, e perciò è da considerarsi come il capo di questi. Al *familiae emptor* Giulio Petroniano, al libripende C. Lucrezio Saturnino (Saturnilo in forma egiziana corrotta) e all'*antestato* M. Sempronio Eracliano, vanno aggiunti *οἱ λοιποὶ σφραγίσται* menzionati nell'atto dell'apertura del testamento (col. II v. 12-14) C. Longino Aquila ², Giulio Volusio ³, M. Antistio Petroniano, Giulio Gemello veterano, e si ha così il numero legittimo di sette *signatores*.

La data (v. 6-8) contiene l'indicazione del luogo e del giorno, in cui fu fatto il testamento; l'anno indicato è il 189 di C. e perciò ho corretto nel testo la lezione *Λ'* portata dal Mommsen (v. 7, conf. pure op. cit. pag. 59), che significherebbe l'anno trentesimo dell'impero di Commodus, in *Λ'* ossia *anno decimo*.

Che l'anno sia indicato coi consoli e con l'anno dell'impero del principe è modo usuale di designazione in quel tempo.

Com'è noto, la data si soleva apporre ai testamenti, ma non era necessaria. ⁴

Il Mommsen osserva che i titoli attribuiti a Commodus sono inesatti; non a lui, ma a Marco Aurelio, spettano i titoli di *Arme-*

¹ Confr. GAIUS, II, 104; ULPIANUS, XX, 2.

² Se tale è la traduzione latina di *Ἀρόλας*.

³ Credo che il *Βολύσιος* debba tradursi *Volusius* e non sia un errore per *Φιλόξενος*, come congettura il Mommsen (p. 57). Il Bonfante nella versione latina ha seguito la mia opinione. Probabilmente il *Ἰούλιος Φιλόξενος* menzionato tra i testimoni dei codicilli (v. 19-20) è la stessa persona, il cui nome era *Iulius Volusius Philoxenus*; la concorrenza di due gentilizi *Iulius* e *Volusius* non può far meraviglia in un tempo in cui le denominazioni erano già divenute molto irregolari.

⁴ Vedi l. 2 § 6 test. quemadm. ap. 29, 3; l. 3 C. eod. 6, 32. La data si trova in parecchi dei testamenti conservatici. Ch'essa non fosse necessaria è detto espressamente nel fragm. di MODESTINO, lib. III regul. edito del Pithou.

niacus Medicus Parthicus; egli invece aveva il titolo di *Britannicus* che qui manca.

Nella indicazione del giorno XV Kal. nov., che sarebbe il 18 ottobre, il Mommsen crede che vi sia errore e che si debba correggere in *XV Kal. Dec.* cioè il 18 novembre, a causa, credo, della indicazione del mese egiziano 'Αθύρ. Io non sono in grado di pronunciarmi su ciò.

Dopo la data e dopo la ripetuta conferma dei codicilli, già più sopra menzionata, la quale è forse aggiunta di mano stessa del testatore, si trova la parola ὑπότη *perfectum est*, che può appartenere al testamento stesso, come chiusa, ovvero, come mi sembra più probabile, al seguente atto di apertura e lettura.

Mommsen opina che tutto ciò, che precede tali parole, fosse scritto nella parte interna del testamento, quantunque da principio la *mancipatio* non dovesse essere contenuta nell'interno, ma bensì nell'esterno di esso: ed anzi forse dapprima non dovesse essere neppure scritta, risultando dai *signa* e dall'ordine dei nomi dei partecipanti all'atto di mancipazione. A conferma della sua opinione il Mommsen cita i *gesta de aperiundo testamento* a. 474 (BRUNS *Fontes*, 6^a ed. p. 281), dove uno dei testimoni dice: *ego in hoc testamento interfui, agnosco anuli mei signaculum, superscriptionem meam, sed et infra* [correggi *intra*] *subscripsi*.¹

In col. II v. 10-14 è contenuta la menzione dell'apertura e lettura del testamento. Qui è da notare che l'atto fu compiuto nel foro Augusto² nella *statio* della imposta sulle eredità e le manmissioni della città di Arsinoe.³

¹ Confr. pure ibidem: ... *sed et intrensicus subscripsi*, e SPANGENBERG, p. 96. 98. 100. 102. 103. 105. 110. Un tardo esempio della firma dei testimoni interna ed esterna si ha nel testamento di Mannane (SPANGENBERG, p. 121-130).

² " *In foro vel basilica* „ (PAULUS, IV, 6, 2).

³ Come notano il Wilcken e il Mommsen, qui è detto Ἀρσινόει τῇ μητροπόλει, perchè esisteva anche un villaggio di nome Arsinoe. Che la *statio* fosse una sola per le due imposte è un fatto, sul quale giustamente il Mommsen richiama l'attenzione. — Singolare è la mancanza del nome dei consoli, sostituiti con la formula ὁπάτοις τοῖς οὖσι.

La correlazione dell'apertura dei testamenti con l'imposta era già nota, e risulta anche, come il Mommsen rileva, dal trovarsi nelle *sentenze* di Paolo trattata la materia dell'apertura dei testamenti sotto il titolo *de vicesima*, IV, 6. ¹

Intorno alla procedura seguita nell'apertura e nella lettura dei testamenti noi siamo già sufficientemente informati dalle fonti e dagli esempi di *gesta de aperiendis testamentis*, che ci sono stati conservati. ² A noi importa per l'interpretazione del presente testamento soltanto ricordare che i *signatores* erano chiamati a riconoscere il proprio sigillo. ³ A tale atto di riconoscimento deve necessariamente riferirsi la parola *ἐπέγνω*, che si legge, sempre nella medesima forma, in col. II v. 5. 6. 13. 19. 20, dopo il nome del libripende, dell'antestato e di alcuni testi del testamento e dei codicilli, in qualsiasi caso (genitivo, accusativo, nominativo) sia posto il nome stesso. Tale parola deve significare *agnovit*, e fu senza dubbio apposta in seguito al nome di quei *signatores*, i quali *signa agnoverunt* al momento dell'apertura. La forma grammaticale, forse corrotta invece di *ἐπέγνω*, riesce oscura. Il Mommsen nota che l'agnizione non è stata fatta dalla *maior pars*, ma solo da tre *signatores*, contro i precetti giuridici. ⁴ Certo il precetto relativo alla *maior pars signatorum* doveva necessariamente interpretarsi con molta discrezione; così vi erano dei temperamenti quando i *signatores* fossero assenti e riuscisse troppo dispendioso il farli intervenire ⁵; il rifiuto stesso del riconoscimento del sigillo non impediva l'apertura del testamento. ⁶ Che dunque, nel caso, che i *signatores* più non si tro-

¹ Confr. SCHULTING, *Iurispr. vetus Anteiust.* ad Paul., IV, 6. Vedi pure le brevi note di HUSCHKE ad h. l.

² Vedi PAULUS, IV, 6 (confr. III, 5, 17); l. 4, 6, 7 test. quemadm. ap. 29, 3. *Gesta de ap. test.* in BRUNS, 6^a ed., p. 230 seqq.; SPANGENBERG, p. 90-112. — Confr. su tal materia specialmente KELLER, *Institutionen*, Leipzig 1861. p. 287-293.

³ Oltre i testi citati nella nota precedente, confr. l. 1 § 2 test. quemadm. ap. 29, 3; l. 3 § 9 de tab. exhib. 43, 5; SÆMTONIUS, *Tiber.*, 23.

⁴ PAULUS, IV, 6, 1; l. 6 test. quem. ap. 29, 3.

⁵ L. 7 test. quemadm. ap. 29, 3; l. 2 Cod. quemadm. ap. test. 6, 32; PAULUS, IV, 6, 2.

⁶ L. 1 § 2 test. quemadm. ap. 29, 3.

vassero, e specialmente nel caso non improbabile, che fossero premorti al testatore? Evidentemente doveva bastare la presenza dei rimanenti, o si doveva in caso di mancanza di tutti supplire con la presenza di *honesti viri*.¹ Non è dunque da ritenersi illegale la apertura del testamento di Longino Castore alla presenza di tre *signatores*, che riconobbero il loro sigillo.

Al testamento seguono, col. II vv. 15-21, i codicilli scritti di mano del testatore, come già annunziavano le precedenti clausole di conferma, e come risulta dalla forma in prima persona del verbo *ἐποίησα* e dalla esplicita dichiarazione *τῇ ἰδίᾳ μου χειρὶ ἔγραψα* del v. 18.

I codicilli contengono due sole disposizioni. La seconda, che è un legato, non può dar luogo a difficoltà, nè ad osservazioni, eccetto che si voglia notare la forma del legato *do lego* per una somma di danaro, e la tenue somma di *quattro* sesterzi, che è probabilmente, come rileva il Mommsen, un errore invece di *quattromila*, dovendo nell'originale latino trovarsi *IIII* con una linea sopra trascurata dal traduttore greco. La prima disposizione del codicillo offre invece gravi difficoltà.

Μάρκον Σεμπρώνιον Ἑρακλιανὸν φίλον καὶ ἀξιόλογον ἐποίησα ἐπίτροπον τῇ ἰδίᾳ πίστι pare che debba significare la nomina di M. Sempronio Eracliano (l'*antestatus* del testamento) a tutore, poichè la più naturale interpretazione di *ἐπίτροπος* è appunto *tutore*.

Contro tale interpretazione non credo si possano addurre gravi obiezioni di sostanza. Bene è vero che il manumissore non poteva nel testamento nominare il tutore alle schiave manomesse; ma il magistrato soleva confermare il tutore designato dal testatore, siccome esplicitamente ci attestano le fonti.² Nè può opporsi il fatto,

¹ Vedi le citate l. 7 D. 29, 3 e l. 2 C. 6, 32; e PAULUS, IV, 6, 2. Vedi pure Nov. 73 c. 7 per caso simile.

² L. 1 de conf. tut. 26, 3; l. 4 eod. e in generale tutto il titolo 26, 3 del Dig. e 5, 29 del Cod.; l. 30 § 3 de excus. 27, 1. — In quanto alla nomina del tutore nei codicilli confermati confr. l. 3, l. 34 de test. tut. 26, 2.

che forse, secondo la congettura del Mommsen, della tutela si parlava già nel testamento (col. I v. 7. 8); anzitutto perchè tale congettura non è certa; in secondo luogo perchè il testatore avrebbe anche potuto mutare volontà in proposito, sicchè si sarebbe dovuto seguire l'ultima sua disposizione dei codicilli confermati. ¹ Qualche difficoltà potrebbe invece trovarsi nella forma. Che questo sia l'unico esempio della parola ἐπίτροπος per designare il tutore delle donne, siccome dottamente osserva il Mommsen, non può considerarsi come un ostacolo, perchè traducendo *tutor* con ἐπίτροπος negli altri casi, non poteva esservi ragione di tradurlo altrimenti in questo, nè in una versione di un testamento latino e di diritto latino si potrebbe giustamente aspettare il κύριος del diritto egiziano. ² Piuttosto il verbo ἐποίησα può considerarsi come eccezionale, perchè esso ci dimostra che nel latino vi doveva essere probabilmente *feci*. Il tempo del verbo già apparisce alquanto strano per la nomina di un tutore testamentario; ma oltre a ciò la forma *tutorem facere* non corrisponde alle forme in uso che sono *tutorem do* ³, *tutor esto*. Alcune frasi delle fonti potrebbero indurci ad ammettere anche un *tutorem instituo, constituo, relinquo*; ma *facio* o *feci* non ha diretto riscontro. Io almeno non ho trovato che un solo esempio del verbo *facere* applicato a tutore, ed è il passo di Ulpiano l. 5 pr. de leg. tut. 26, 4: *Legitimos tutores nemo dat, sed lex XII tabularum FECIT TUTORES*. Come si vede, non si tratta di nomina, ma di attribuzione di qualità legale. Tuttavia anche questa mancanza di esempi non mi sembra decisiva contro l'ammissione della nomina di un tutore nei codicilli di Longino Castore; sia perchè poteva essere stata usata una espressione meno propria dal veterano, che scrisse i suoi codicilli olografi probabilmente senza assistenza di giuristi; sia perchè la forma *tutorem do* richiede la designazione della persona, cui è

¹ Confr. l. 8 pr. de test. tutel. 26, 3; l. 10 § 1 eod.

² Vedi MOMMSEN, *op. cit.*, p. 52.

³ Nei testi greci delle pandette si trovano i verbi διδόναι e χειροτονεῖν (il secondo specialmente per la dazione da parte dei magistrati).

fatta la dazione, mentre nei codicilli tale designazione manca, sicchè la disposizione assume piuttosto il carattere di attribuzione della qualità di tutore alla persona nominata, il che richiama lo esempio della citata l. 5 (26, 4). E tale forma data alla disposizione si può anche bene spiegare, ove si consideri che la nomina era solo indirettamente efficace, come indicazione fatta al magistrato.

Il Mommsen nota che la parola *ἐπίτροπος* potrebbe anche significare *curator* o *procurator*. Ma di esempi di tal parola nel senso di *curator* egli stesso non ne adduce alcuno ¹; nè la nomina di un curatore avrebbe senso, nè le difficoltà pel verbo *facere* sarebbero minori riguardo al curatore, che al tutore. Per ciò che si riferisce al *procurator* l'unico esempio addotto è quello del *Procurator* imperiale, che si diceva appunto *ἐπίτροπος*; ma pel procuratore di diritto privato la parola non si riscontra. È quindi assai difficile che il traduttore del testamento abbia qui usata tale parola in un senso affatto straordinario. Certo la difficoltà dell'uso del verbo *facere* riguardo ad un procuratore sarebbe minore, trovandosene non rari esempi nelle fonti ², ma questa considerazione non vale a vincere le altre assai gravi in contrario. E qual significato avrebbe la nomina del procuratore nei codicilli? Quello di un esecutore testamentario? Ma il Mommsen stesso nota, come sia dubbio che tale istituto fosse noto al diritto romano, e non bisogna

¹ Nei testi greci delle pandette si trova ordinariamente *κτοράτωρ*; talvolta *κηδεμών* (l. 10 § 7 de excus. 27, 1), tal'altra *ἐπιμελητής* (l. 46 § 1 de adm. tut. 26, 7).

² Vedi, p. es., *Fragm. Vat.* 325. 327; l. 8 § 2, l. 65 de proc. 3, 3; l. 24 pr. de minor. 4, 4; l. 2 § 5 fam. erc. 10, 2; l. 67 § 2 de cond. indeb. 12, 6; l. 3 § 5 de i. r. verso 15 3; l. 8 § 10 mand. 17, 1; l. 66 § 2 de evict. 21, 2; l. 4 pr. de re iud. 42, 1; l. 8 C. de her. v. act. vend. 4, 39. In molti di questi testi si tratta di *procurator in rem suam*; in tutti si considera la costituzione di procuratore per sè stessa, l'attribuzione di qualità di procuratore. E poichè anche per il *procurator* la frase più in uso è *procuratorem dare*, gli esempi di *procuratorem facere* possono valere a confermare quanto più sopra abbiamo osservato circa l'uso probabile di *tutorem facere*.

dimenticare che il testamento di Longino Castore è di puro diritto romano. ¹

Tra i *signatores* dei codicilli, tre dei quali (e forse quattro, se è vero ciò che più sopra abbiamo detto relativamente a Giulio Volusio) sono identici ai *signatores* del testamento, si trova il nome dello stesso testatore C. Longino Castore. Ciò non deve far meraviglia, perchè il *signare* i propri codicilli serviva a dare maggiore autenticità al proprio volere, come lo scrivere di propria mano. ²

I codicilli, secondo l'uso regolare, furono aperti e letti contemporaneamente al testamento (col. II v. 21).

Negli ultimi due versi si legge il nome del traduttore col certificato di conformità della traduzione all'originale. È qui da notare il titolo di νομικός Πρωμαικός, che C. Lucio Geminiano si attribuisce, e che deve significare *perito nel diritto romano*. Il Mommsen (pag. 50) ha raccolto parecchie iscrizioni, nelle quali si trova il titolo di νομικός in greco o di *iuris studiosus, iuris peritus, iuris consultus* in latino. ³ Nelle fonti noi troviamo menzione di *iuris studiosi* nel senso di persone occupate in affari giuridici simili a quelli del nostro νομικός traduttore di testamenti ⁴, così per es.

¹ Posta l'oscurità della disposizione, si potrebbe forse dubitare che essa potesse avere anche un altro significato: considerando il verbo *feci*, al tempo passato, e la frase τῇ ἰδίᾳ πίστι, *ipsius fide*, si potrebbe credere che la disposizione contenesse la liberazione dal rendimento del conto del procuratore M. Sempronio Eracliano.

² Confr. l. 6 § 2 de iure codic. 29, 7: "... non alias valere velit quam sua manu signatos et subscriptos.... tamen valent.... licet neque ab eo signati neque manu eius scripti ..".

³ Sono: in greco, BAUNS, 6° ed., p. 364, Corp. Inscr. Lat. VIII 1640; Corp. Inscr. Graec. 2787. 2788. 3504. 3946 z. 27; in latino, Corp. Inscr. Lat. III 2936, X 569, XII 3339. 5900, V 1026 add. VIII 8489. 10490. 10399, VI 9487. 1621, VIII 7059-7061, X 6662. In queste varie iscrizioni tali designazioni hanno diverse gradazioni di significato.

⁴ *Iuris studiosus* in altre gradazioni di significato; l. 1 de off. adsess. 1, 22, GELLIUS, N. A. XII, 13, 2, l. 2 § 47 de or. iuris 1, 2. Sul significato della l. 4 do extr. cogn. 50, 13 veggansi da una parte DONELLUS, *Comm.* XVIII, cap. 2 § 29 (*op. om.*, Lucae 1764, vol. 5, col. 21 segg.), RAEVARDUS, *Coniectan.*, II, c. 10 (*op. om.*, Neap. 1779, pag. 258); d'altra parte LENEL, *Paling.*, I Paul. 1098, che raffronta que-

in l. 9. § 4 de poenis 48, 19 (Ulp.), SUETONIUS, *Nero* c. 32; similmente *iuris peritus* in l. 88 § 17 de leg. II (testam. riferito da Scévola).¹

VITTORIO SCIALOJA.

sta legge alla l. 18 § 1 de ind. 5, 1 e perciò la riferisce a studenti di diritto. Io credo preferibile la più lata interpretazione, che si trova già nella Glossa ad h. l. e in VAN LEEUWEN, *De iuris studiosis* (OELRICHS, *Thesaur. nov.*, II, 1, 5, pag. 398), secondo la quale *iuris studiosi* in questa legge comprende così gli *adessores* come, in generale, tutti i *pragmatici*.

¹ Confr. *Edictum Diocletiani de pretiis*, VII, 72.

IL FRAMMENTO BERLINESE DE DEDITICIIS

Sono noti i tre frammenti di un libro *de iudiciis*, scritto da un antico giureconsulto romano, contenuti in una pergamena proveniente da Fajjum in Egitto, che il Mommsen pubblicò, per la prima volta, con una riproduzione fotografica nei *Rendiconti* dell'Accademia delle scienze di Berlino, del 1879, pagg. 501-509. Il secondo di quei frammenti è del tenore seguente: ...rum esset. sed cum lege de bonis rebusque eoru[m] hominum ita ius dicere iudicium reddere praetor iubeatur, ut ea fiant, quae futura forent, si dediticiorum numero facti non essent, videamus, ne verius sit quod quidam senserunt et de universis bonis et de singulis... ¹

Lo illustrarono, dottamente, dopo il Mommsen, il compianto Alibrandi, l'ultimo dei romanisti classici ², il Krüger ³, l'Huschke ⁴, M. Cohn ⁵, il Brinz ⁶, lo Schneider ⁷ e il Karlowa ⁸. Non è mia in-

¹ Huschke, *Jur. Ant.* (ed. 5), p. 623; *Collectio libr. iuris Anteiustiniani*, III, 299.

² *Studi e documenti di storia e diritto*, I (1880), 169-183; II (1881), 60-70.

³ *Zeitschrift der S. S. für Rechtsgeschichte* (Rom. Abth.), I (1880), 93-99; cf. Krueger, *Geschichte der Quellen und Literatur des Röm. Rechts*, p. 249 e seg. = *Histoire des sources du droit romain* (trad. Brissaud), p. 333-334.

⁴ *Die jüngst aufgefundenen Bruchstücke aus Schriften Röm. Juristen*, Leipzig 1880.

⁵ *Zeitschrift der Savigny-Stiftung* (R. A.), II (1881), 90-111.

⁶ *Sitzungsberichte der Bayer. Akademie*, 1884, p. 542; *Die Freigelassenen der lex Aelia Sentia und das Berliner fragment von den dediticiern*, Freiburg I. B., 1884.

⁷ *Zeitschrift für S. S. (R. A.)*, VI (1885), 198-204: cf. anche *ib.*, p. 205-225, lo scritto dell'Hölder che parla incidentalmente del nostro frammento a proposito delle relazioni della legge Elia Senzia con la legge Junia Norbana.

⁸ *Röm. Rechtsgeschichte*, I, 767. — C. Segrè, nel suo acuto lavoro sulla *editio ei dediticii aeliani* (*Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, 1890, pag. 33) ritiene che "date le cattive condizioni del papiro su cui è scritto il frammento, non si possa da quella parte di esso che è chiaramente leggibile trarre legittimamente nessuna positiva e decisiva conclusione; „ ma quest'affermazione mi pare troppo assoluta.

tenzione di esporre qui le interpretazioni che del frammento berlinese proposero questi scrittori, tanto più che ebbi occasione di ragionarne altrove ¹, ma soltanto di dare forma più chiara e più ampia ad una ipotesi, a cui lo Schneider, per il primo, accennò, fugacemente, nel suo scritto e che, a mio avviso, se non risolve tutti i quesiti che quel frammento presenta, ci avvicina, però, di molto alla soluzione del più importante fra essi. I quesiti son questi: 1) chi è l'autore dei frammenti; 2) quali persone sono designate con le parole *homines dediticiorum numero facti* e qual'è la legge regolatrice della loro successione; 3) qual'è il contenuto della controversia a cui alludono le parole del frammento *videamus ne verius sit quod quidam senserunt*.

1. Il primo quesito mi pare quasi insolubile. L'Alibrandi ritiene che i nostri frammenti appartengano al libro quindicesimo del commentario di Ulpiano *ad Edictum*, poichè, fra gli altri argomenti, « quel *videamus ne verius sit* ben si addice a lui che nei suoi scritti abbonda di *videamus* e di *verius* » ²; e in questa opinione consentono anche l'Huschke e il Lenel ³, sebbene il primo supponga che i frammenti appartengano al libro quattordicesimo ⁴ e il secondo al decinovesimo di quel commentario di Ulpiano. Ora, per quanto sagaci siano gli argomenti e le osservazioni sulle quali si fonda questa congettura, penso esser cosa più prudente lasciar in disparte il quesito, poichè, come benissimo avverte il Mommsen « quei frammenti non ci danno un punto di appoggio per indovinare il nome del loro autore »; ⁵ e quindi mi limito a ritenere che il nostro

¹ Cf. i miei *Latini Iuniani*, p. 37 e seg.; *Cultura*, III (1884), 762-766; *Rivista Critica delle Scienze Giuridiche*, III (1885), 359-361.

² l. c. II, 68. — Sul metodo di citazione usato da Ulpiano e sul modo come egli esprime il proprio avviso cf. Pernice, *Ulpian als Schriftsteller* (Sitzungsberichte der K. Akad. der Wiss. zu Berlin, I [1885], 468 e seg.; 477 e seg.).

³ *Das Edictum Perpetuum*, p. 25, 5.

⁴ Op cit., p. 15. Però, nella quinta edizione della sua *Iur. Antejust.*, p. 623, n. 1, l'Huschke scrive: "quotus hic ad edictum liber fuerit, qui erat de iudiciis II, ne nunc quidem definire audeo".

⁵ L. c. p. 506: den Namen des Verfassers zu errathen geben die Überreste keinen Anhalt.

autore scriveva durante l'impero, quando l'opinione di quei giureconsulti che, nella parte mutila del frammento, era riassunta e discussa, non aveva ormai più seguaci nelle scuole di diritto.

2. Gli scrittori che, sopra, furono citati sostengono tutti, tranne il Mommsen e il Karlowa, che le persone contemplate nel nostro frammento sono i libertini dediticii e che la legge a cui esso allude, è la legge Elia Senzia, la quale, come è noto, istituì quella categoria di schiavi manomessi. Questa opinione, che potremmo chiamare, ormai, comune, a me pare incontrovertibile, poichè se in Gaio (I, 12, 15, 25, 67, 68; III, 74), in Ulpiano (I, 5, 11; XX, 14; XXII, 2), in Paolo (*Sent.*, IV, 12, 7) e nelle istituzioni giustiniane (I, 5, 3) la locuzione *qui dediticiorum numero sunt*, ovvero, *qui dediticiorum numero facti sunt*, designa, soltanto, la categoria dei dediticii aeliani, se quei giureconsulti antichi ci insegnano che era, appunto, la legge Elia Senzia che li faceva essere *dediticiorum numero*, se da Gaio (III, 75) si desume che le disposizioni di quella legge, relative alla successione dei libertini dediticii, diedero, appunto, occasione ad una controversia fra giureconsulti, non comprendo, proprio, come si possa mettere in dubbio che il frammento berlinese non riguarda altro che quegli schiavi i quali formarono l'infima categoria dei libertini, tanto più che la più elementare regola di critica storica ci insegna di non interpretarlo separatamente dalle altre fonti giuridiche. L'Hölder, pur ammettendo questa opinione, nega che il nostro frammento ci conservi una disposizione della legge Elia Senzia e ritiene, invece, che alluda alla legge Iunia Norbana, la quale avrebbe, a suo avviso, estesa ai dediticii che, astrazione fatta dalla loro *turpitudine*, sarebbero divenuti latini, quella clausola di essa legge la quale regolava la successione dei latini iuniani. Le considerazioni che dovremo, frappoco, svolgere rispetto al terzo quesito che ci siamo proposti, infirmeranno anche la ipotesi dell'Hölder, ma, ad ogni modo, qui, basterà dire che essa non appare sostenibile, poichè le nostre fonti non ci indi-

cano, affatto, che la legge Iunia Norbana abbia potuto occuparsi, espressamente, dei dediticii aeliani.

Il Mommsen e il Karlowa, lo abbiamo già detto, dissentono dagli altri scrittori che illustrarono il nostro frammento e sostengono, il primo ¹, specialmente, che esso si riferisce agli *exules* della fine della repubblica, a coloro, cioè, che erano colpiti dall'*exilium*, da una pena criminale che includeva la perdita della cittadinanza e l'allontanamento da un territorio limitato, di regola, almeno, da Roma e dall'Italia. ² Contro questa opinione del Mommsen furono addotti argomenti gravissimi, specialmente dall'Alibrandi e dall'Huschke; fra i quali a me pare irrepugnabile questo, che se, al tempo dell'impero, gli esuli erano parificati ai deportati e i beni, da loro acquistati, anche dopo la deportazione, ricadevano al fisco ³, non poteva il nostro autore, parlando di esuli, invocare una legge la quale ordinava al pretore *de bonis rebusque eorum hominum ita ius dicere, iudicium reddere, ut ea fiant quae futura forent si dediticiorum numero facti non essent*. Ma, ad ogni modo, la questione non sta tanto nel sapere se gli *exules* o i deportati siano, veramente, nel numero dei dediticii, quanto se la locuzione *dediticiorum numero*, adoperata nel nostro frammento, possa a loro applicarsi; ora sia, o non sia tecnica, come vogliono il Karlowa e il Krüger, non è possibile negare che quella locuzione, nelle fonti giuridiche, altro non designa che i dediticii aeliani. E pure ammesso, per un momento, che le persone designate nel frammento berlinese, siano gli *exules*, avremmo la conseguenza che, essendo anche i manomessi della legge Elia Senzia *dediticiorum numero*, il nostro autore avrebbe riprodotto un testo di una legge così ambiguo che, nello stesso tempo, potrebbe applli-

¹ Il Mommsen mantiene la sua opinione, nonostante le molte opposizioni, nel suo *E. Staatsrecht*, III, 140. = *Droit public romain* (trad. Girard) VI, 1 pag. 157, n. 2. Con lui consente anche L. Hartmann, *de exilio apud romanos*, p. 21.

² Cf. Mommsen, *Staatsrecht*, III, 140. = *Droit public romain* (trad. Girard), VI, 1, pag. 157, n. 2; C. Segrè, l. c. p., 32).

³ Dig. 48, 20, 7, § 5; Cod. Iust., IX, 49, 2.

carsi a due generi di persone fra loro distinti, e il pretore, nel *ius dicere*, *iudicium reddere* intorno alla successione ereditaria di cui la legge prescriveva le norme, sarebbe stato incerto se questa intendeva riferirsi agli *exules* ovvero ai dediticii aeliani. Ora ognuno comprende subito che ammettere una simile ambiguità in un testo di una legge romana e in un commento interpretativo di un giureconsulto romano intorno a quella legge sarebbe cosa, semplicemente, assurda, e perciò ritengo, per queste ragioni e per le altre addotte dagli scrittori citati, che nessuno possa più dubitare che le parole del nostro frammento *homines dediticiorum numero facti* designino soltanto i libertini dediticii e che la legge, citata nel frammento stesso, sia la legge Elia Senzia la quale *eos dediticiorum numero faciebat*. Ed ora passiamo al terzo quesito.

3. Le parole del nostro frammento *videamus ne verius sit quod quidam senserunt et de universis bonis et de singulis...* accennano, come già si è detto, ad una controversia fra i giureconsulti, e dal modo come il nostro autore si esprime, mi pare di poter ammettere che esso consentiva nella opinione dei *quidam* da lui esposta nella parte inferiore della pergamena di Fajjum, o che, almeno, essa, di fronte alla massima contraria stabilita nelle scuole del suo tempo e che aveva ricevuto forza di legge, gli pareva forse la più vera; e dico la più vera, perchè il comparativo *verius* ci dimostra che, nella parte superiore del frammento, era riassunta un'altra opinione anch'essa opposta a quella prevalente fra i giureconsulti, e che al nostro autore sembrava meno vera, perchè contraddicente alle parole testuali della legge.¹ Ciò posto, ricerchiamo per quale ragione il capo della legge Elia Senzia, riguardante i beni dei liberti dedi-

¹ Che il comparativo *verius* lasci supporre che nella parte superiore del frammento era riassunta un'altra opinione opposta alle parole testuali della legge (*sed cum lege*) a me pare di per sè evidente; ad ogni modo cf. Ulp. *libro IX ad edictum* (Dig. III, 3, 1, § 1); id. *libro XI ad ed.* (ib. IV, 2, 9, § 8), ove il giureconsulto raffronta due opinioni diverse fra loro e una di queste fa sua adoperando il *verius*. Cf. anche Paulus *libr. I quaestionum* (Dig. IV, 2, 17).

ticii defunti, poteva, nella sua applicazione, far sorgere una controversia fra i giureconsulti e riproduciamolo, innanzi tutto, da Gaio che così ne discorre nelle sue istituzioni (III, 74-76): *Eorum autem quos lex Aelia Sentia dediticiorum numero facit, bona modo quasi civium Romanorum libertorum, modo quasi Latinorum ad patronos pertinent. Nam eorum bona qui, si in aliquo vitio non essent, manumissi cives Romani futuri essent, quasi civium Romanorum patronis eadem lege tribuuntur. non tamen hi habent etiam testamenti factionem; nam id plerisque placuit, nec inmerito: nam incredibile videbatur pessimae condicionis hominibus voluisse legis latorem testamenti faciendi ius concedere. Eorum vero bona qui, si non in aliquo vitio essent, manumissi futuri Latini essent, proinde tribuuntur patronis, ac si Latini decessissent. nec me praeterit, non satis in ea re legis latorem voluntatem suam verbis expressisse.*

In primo luogo esaminiamo a che cosa si riferiscano le ultime parole di Gaio: *nec me praeterit non satis in ea re legislatorem voluntatem suam verbis expressisse*. L'Alibrandi e il Cohn le riferiscono alla controversia sulla *testamentifactio* che alcuni giureconsulti negavano, altri, e i più, invece, accordavano ai liberti dediticii, ma, secondo me, a torto, perchè Gaio aveva già esaurita cotesta controversia con le parole *nam incredibile videbatur* et rel.; altrimenti come osserva, giustamente, lo Schneider, egli si sarebbe espresso in questa maniera: *nam incredibile videbatur pessimae condicionis hominibus voluisse legis latorem testamenti faciendi ius concedere, nec me praeterit non satis in ea re legis latorem voluntatem suam verbi expressisse. Eorum vero bona* et rel. L'*ea re* nemmeno può riferirsi alla successione di coloro i quali *si in aliquo vitio non essent*, sarebbero diventati liberti latini, poichè, al tempo della legge Elia Senzia, come è nostra ferma opinione ¹, i latini non esistevano, e la legge Iunia Norbana, per quanto affermino il contrario il Voigt ² e lo Höl-

¹ Cf. i miei *Latini Iuniani*, p. 29 e seg.; la data della legge Iunia Norbana, p. 13 e seg.

² *Das ius civile und ius gentium der Römer*, p. 746, n. 842, 7; p. 761, n. 855.

der ¹, non si occupò della successione di costoro. Che ciò sia vero parmi risulti evidente dal raffronto di queste due locuzioni usate da Gaio: nel caso dei liberti dediticii, che sarebbero diventati *cives*, il nostro giureconsulto si esprime così: *eorum bona... quasi civium Romanorum patronis eadem lege [Aelia Sentia] tribuuntur*; nel caso dei liberti dediticii che sarebbero diventati latini, dice così: *eorum bona... proinde tribuuntur patronis ac si Latini decessissent*, senza attribuire nè alla legge Elia Senzia, nè alla legge Iunia Norbana codesto provvedimento. Quel passo di Gaio (III, 76), adunque, non contiene una disposizione di legge, ma una dottrina interpretativa sorta dalla necessità di estendere a quei dediticii i quali, prescindendo dalla loro *turpitudine*, sarebbero diventati latini, la regola stabilita dalla legge Elia Senzia per la successione di coloro che, non trovandosi *in aliquo vitio*, sarebbero diventati liberti cittadini ²; ma poichè la parola *legislatorem*, adoperata, per due volte, da Gaio in quel passo, come dal contesto apparisce, non può riguardare che la legge Elia Senzia sopra nominata, l'*ea re* deve riferirsi a tutto l'istituto della successione dei dediticii regolato da codesta legge a cui Gaio, a modo di conclusione, rivolge l'accusa di non aver dato su questo punto forma abbastanza chiara e precisa al suo pensiero. Ma l'accusa di Gaio non sarebbe giustificata, nè una controversia avrebbe potuto sorgere fra i giureconsulti se la legge Elia Senzia, prescrivendo al pretore di *ius dicere* rispetto ai beni dei liberti dediticii, avesse adoperate le parole *ut ea fiant quae futura forent si manumissi cives Romani futuri essent*; poichè in questo caso la volontà della legge sarebbe stata chiarissima, i beni che lasciavano morendo i dediticii avrebbero dovuto considerarsi come beni di un liberto cittadino romano defunto, e per quanto assurda potesse sembrare la cosa, essi,

¹ L. c., p. 218 e seg.

² Ulp. lib. I ad Ed. aed. cur. (Dig. I, 3, 13): *Nam, ut ait Pedius, quoties lege aliquid unum vel alterum introductum est, bona occasio est, cetera, quae tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione, vel certe iurisdictione suppleri.*

in ultimo spiritu, per servirci di una espressione di Giustiniano, avrebbero avuto, in forza della legge stessa, la facoltà di testare. Perchè, adunque, la controversia fosse possibile, era necessario che le parole testuali della legge Elia Senzia fossero così ambigue da dar ragione, nello stesso tempo, da un lato, ai *plerique*, nominati da Gaio, e dall'altro ai *quidam*, che alla loro opinione contraddicevano. Quali erano coteste parole? Ce le fa conoscere, senza dubbio, la pergamena di Fajjum, di guisa chè il capo della legge Elia Senzia doveva essere così formulato: *de bonis rebusque horum hominum Praetor... ita ius dicito, iudicium reddito, ut ea fiant quae futura forent si dediticiorum numero facti non essent*¹.

Orbene, i giureconsulti romani, i quali, com'è noto, ridussero ad un solo il contenuto delle leggi Elia Senzia e Iunia Norbana, considerando quest'ultima come un complemento della prima, quale interpretazione doveano dare alla formula negativa *si dediticiorum numero facti non essent*, doveano forse ritenerla equivalente alla formula negativa adoperata dalla legge Iunia Norbana per regolare la successione dei latini iuniani, la quale aveva disposto che i beni di codesti liberti *proinde ad manumissores pertinerent, ac si lex lata non esset* Gaio (III, 56)? Esaminiamo, attentamente, questo punto, perchè qui è il vero nodo della questione.

La formula negativa adoperata dalla legge Iunia Norbana era chiarissima; Gaio non le rivolge alcuna accusa di oscurità², poichè

¹ L'Alibrandi (l. c. I, 173 e seg.) ritiene che nel testo della legge era detto così: *dediticiorum numero hac lege facti non essent*, ma se nei capi precedenti, la legge Elia Senzia aveva prescritto che *servi a dominis poenae nomine vincti... et postea... manumissi, dediticiorum numero sint*, ovvero, *eiusdem conditionis liberi fiant, cuius conditionis sunt peregrini dediticii* (Gai. I. 13; Ulp. I. 11), nel capo che discutiamo, l'inciso *hac lege* era inutile, s'intendeva da sè che codesti *homines* erano quelli *quos lex Aelia Sentia dediticiorum numero faciebat*.

² A coloro i quali sostengono che la legge Iunia Norbana si occupò dei dediticii, si può osservare ancora che sarebbe inconcepibile che l'autore di essa, mentre aveva espresso chiaramente la sua volontà nel regolare la successione dei liberti latini, fosse stato oscuro e non preciso nel manifestarla rispetto ai dediticii latini futuri.

essa ricade nel numero di quelle formule negative: *si capite diminutus non esset, si homo usucaptus non esset, si mancipio non dedisset, si arbor non coaluisset, si se alieno iuri non subiecissent*, le quali formule, per dirla col Karlowa, « hanno tutte per iscopo una specie di restituzione nella primitiva condizione giuridica ». ¹ Ed infatti se la legge Iunia Norbana aveva prescritto che la successione dei liberti latini doveva regolarsi *ac si lex lata non esset*, nessun dubbio poteva sorgere sulla vera volontà del legislatore; esso voleva aver riguardo alla condizione in cui quei liberti vivevano prima che la legge Iunia Norbana fosse stata promulgata, cioè, allo *in libertate morari* tutelato dal pretore; quindi il patrimonio che il latino lasciava morendo doveva tornare al patrono come se si fosse trattato del peculio di uno schiavo (Gaio, ib.: *itaque iure quodammodo peculii bona Latinorum ad manumissores ea lege pertinent*). Ma la formula usata dalla legge Elia Senzia e riprodotta nel nostro frammento non poteva essere interpretata in questo unico modo; chi ben la esamina s'accorge subito che essa era bilingue. In altri termini, poteva suppersi, legittimamente, che il legislatore, nell'adopearla, avesse voluto aver riguardo alla condizione in cui vivevano i liberti dediticii prima di essere manomessi, cioè, alla condizione servile; ma potevasi anche supporre, legittimamente, che esso avesse voluto avere riguardo alla condizione migliore di liberti cittadini romani, o di liberti latini, nella quale quei manomessi sarebbero vissuti se essa legge non li avesse depressi ed abbassati alla pessima condizione dei dediticii. Ora, partendo da così opposti concetti, alcuni giureconsulti sostenevano che se le parole della legge Elia Senzia avevano riguardo alla condizione migliore, ossia che la formula negativa *si dediticiorum numero facti non essent* era risolvibile nella positiva *si cives Romani vel latini facti essent*, che, cioè, dovevansi distinguere, nei riguardi patrimoniali, i dediticii *cives* dai

¹ Op. cit. I, 767: Diese negativen Fiktionen bezwecken alle eine Art Restitution des früheren Rechtszustandes.

dediticii *latini*, per logica conseguenza, era necessario e giusto riconoscere nei primi tutti i diritti del liberto cittadino romano, e quindi anche quello di far testamento; altri giureconsulti, invece, sostenevano che le parole della legge Elia Senzia riguardavano la primitiva condizione servile di codesti manomessi *turpes*, ossia, che la formula negativa *si dediticiorum numero facti non essent* si risolveva in quest'altra *si a dominis manumissi non essent*, e quindi, senza distinguere due categorie di dediticii (i *cives* e i *latini*), la loro successione doveva regolarsi nello stesso modo con cui regolavasi, in forza della legge Iunia Norbana, la successione dei liberti latini, cioè, i loro beni doveano tornare al patrono *iure peculii*, poichè, potevano argomentare quei giureconsulti, se la legge Iunia Norbana nega, esplicitamente, ai liberti latini ¹, la *testamentifactio*, se i dediticii aeliani sono, senza distinzione alcuna, inferiori ai liberti *cives* e ai liberti *latini*, non sarebbe equo accordare ad alcuni di essi i diritti del liberto cittadino romano, stabilendo, così, una disparità di trattamento da nulla giustificata nella categoria di codesti *homines pessimae condicionis*. Questi due opposti sistemi sarebbero, dunque, a mio avviso, contenuti, il primo, nella parte superiore del nostro frammento precedente alle parole superstiti ²; il secondo, nella parte inferiore, cosicchè il frammento stesso potrebbe supplirsi nella seguente maniera: *videamus ne verius sit quod quidam senserunt et de universis bonis et de singulis [rebus omnium qui dediticiorum numero sunt ita ius dicere iudicium reddere praectorem iuberi oportere ut ea fiant quae futura forent si a dominis manumissi non essent]*.

Fra queste due opinioni opposte ed estreme si venne più tardi formando una terza eclettica che cercò di conciliarle fra loro,

¹ Gai, I, 23; Ulp., XX, 14.

² Alcuni degli eruditi sopra nominati si servono, per risolvere i problemi che presenta il nostro frammento, anche degli altri due e specialmente del terzo; ma a me è parso cosa più prudente lasciarli in disparte per non proporre congetture che mancano affatto di un solido fondamento.

finì per diventare l'opinione dominante nelle scuole romane di diritto e, al tempo di Gaio, era ormai ricevuta come massima di legge. I giureconsulti che la propugnavano partivano da questo concetto, che l'equità voleva, nell'applicare la legge Elia Senzia intorno alla successione dei dediticii defunti, si avesse riguardo alla condizione migliore di liberti *cives romani* o di liberti *latini*, in cui, secondo i casi, sarebbero vissuti, prescindendo dalla loro *turpitudine*; ma, nello stesso tempo, era altrettanto equo negare ai dediticii *cives futuri*, la *testamentifactio*, per non stabilire, in favore di essi, un trattamento che, di fronte ai dediticii *latini futuri*, sarebbe stato privilegiato e stridente. Però Gaio, nel riprodurre, nelle sue istituzioni, questo terzo sistema, sentiva che esso non era logico in tutte le sue parti e non poteva esimersi dal darne accusa all'autore della legge Elia Senzia, il quale avrebbe potuto, con più chiarezza, far nota la propria volontà su questo punto, e il nostro anonimo, forse, concludeva che i *quidam*, i quali fondavano il loro sistema sulla lettera della legge, in fondo in fondo, non avevano tutti i torti.

L. CANTARELLI.

Sulla l. 7 § 3 D. de curat. fur. etc. XXVII-10

Il D. Riccobono nel dotto ed interessante lavoro sui libri di Paolo ad Plautium, pubblicato in questo Bullettino¹, accennava al fr. sopra indicato, riferendosi ad un'interpretazione di quel testo da me propostagli, nel tempo in cui avevo il piacere di disputare con lui su vari argomenti, in Berlino. Or per dargli occasione di sviluppare la sua opinione intorno al detto fr., contestando od accettando le mie proposte, ho creduto bene di renderle subito di pubblica ragione.

Iulianus libro XXI digestorum:

Quaesitum est, an alteri ex curatoribus furiosi recte solvetur vel an unus rem furiosi alienare possit. Respondi recte solvi. Eum quoque, qui ab altero ex curatoribus fundum furiosi legitime mercaretur, usucapturum, quia solutio venditio traditio facti magis quam iuris sunt ideoque sufficit unius ex curatoribus persona, quia intellegitur alter consentire: denique si praesens sit et vetet solvi, vetet venire vel tradi, neque debitor liberabitur neque emptor usucapiet.

Abbiamo due domande indirizzate a Giuliano ed una risposta. Il giureconsulto deve averne data la decisione adducendo i motivi che lo condussero alla sua opinione.

¹ Bullettino, etc., vol. 6, p. 164 in nota.

Per ben intendere intanto il nesso della risposta di Giuliano, è utile separare i due casi proposti.

Prima domanda: *Quaesitum est an alteri ex curatoribus furiosi recte solvetur.*

Risposta alla stessa: *Respondi recte solvi, quia solutio facti magis quam iuris est ideoque sufficit unius ex curatoribus persona, quia intellegitur alter consentire; denique si praesens sit et vetet solvi, neque debitor liberabitur neque emptor usucapiet*¹.

Il caso è molto semplice; un furioso ha due curatori, vien fatto un pagamento ad uno de' due, si chiede se lo stesso sia pur valido, mancando il consenso dell'altro.

Giuliano ciò afferma, ed elimina il dubbio dando la ragione, che, essendo il pagamento *facti magis quam iuris*, è sufficiente l'attività di uno de' curatori, presupponendosi tacitamente il consenso dell'altro, se non ha espressamente contraddetto. Che se, al contrario, l'altro curatore ha opposto il veto a quel pagamento, neque debitor liberabitur neque emptor usucapiet.²

Nulla si ha a ridire sopra la prima parte di questa antitesi; se l'altro curatore vetat solvi — debitor non liberabitur.

Più difficile, invece, è spiegare l'altro membro: *neque emptor usucapiet.*

Qui si parla di un compratore che non può usucapire, perchè l'altro curatore era presente e vietava; dunque, se non ci fosse stato tale divieto, ma invece anche il consenso di questo, avrebbe il compratore usucapito? Ma in tali condizioni perchè non avrebbe egli acquistato la proprietà del fondo? Se il testo è genuino³, se ne deve dedurre che il consenso dei curatori era sufficiente per procurare lo « in bonis » allo acquirente, ma non a farlo dominus ex iure Qui-

¹ Abbiamo qui tolto quel che si riferiva evidentemente alla seconda domanda, lasciando intera la fine del frammento.

² Essendo impossibile di separare queste quattro parole, come avevamo separate le precedenti, le lasciamo riunite.

³ Il Lenel, Paling. Iuliani, N. 336, interpone un « non » prima di legitime.

ritium, non essendo di quei curatori dei quali Gaio II, 64 dice: *agnatus furiosi curator rem furiosi alienare potest ex lege XII tabularum*, cioè che la legge concedeva all'agnato curatore il *ius alienandi* ossia in *bona aliena transferendi*.

Su questo punto non si ha piena luce, ma esso è indifferente pel resto, dappoichè l'usucapione concessa al compratore, essendo senza dubbio quella dell'*in bonis*, la frase terminante il paragrafo accorda al compratore, in ogni modo, un dominio.

Il trovare poi un nesso fra la validità del pagamento, di cui si parla nella prima domanda, e l'usucapione concessa al compratore, non è, a parer mio, difficile.

Il pagamento del prezzo è condizione per l'acquisto del dominio, da parte del compratore;¹ nel nostro caso dunque la validità del pagamento doveva essere condizione per ammettersi l'usucapione del compratore. Può allora la conclusione del paragrafo riferirsi intera alla prima domanda: *recte solvetur*? Io rispondo affermativamente; un pagamento può esser fatto dal debitore per liberarsi, come dal compratore per conseguire l'acquisto del dominio; dunque se l'altro curatore vieta: *neque debitor liberabitur neque emptor usucapiet*.

E così possiamo mettere in relazione alla prima domanda anche le parole: *eum quoque qui ab altero ex curatoribus fundum furiosi legitime mercaretur, usucapturum* — intendendo cioè queste parole, non nel senso che il curatore possa alienare, ma sibbene nell'altro, che il pagamento del compratore è valido come quello del debitore, e quindi tale validità mette il compratore in *condicionem usucapiendi*.

Abbiamo dunque il testo seguente:

Quaesitum est, an alteri ex curatoribus furiosi recte solvetur. Respondi recte solvi. Eum quoque, qui ab altero ex curatoribus

¹ Inst. II, 1, § 41.

fundum furiosi legitime mercaretur, usucapturum quia solutio facti magis quam iuris *est* ideoque [sufficit unius ex curatoribus persona quia] intellegitur alter consentire: denique si praesens sit et vetet solvi, neque debitor liberabitur neque emptor usucapiet.

Rimane ora l'altra domanda: vel an unus rem furiosi alienare possit. Ad esse si riferiscono senza dubbio le frasi seguenti:

1) quia solutio venditio traditio facti magis quam iuris sunt. Quest'asserzione è sicuramente falsa ed indegna di Giuliano; perchè il pagamento è *facti*, ma la vendita è *iuris*.

2) (vetet solvi) vetet venire vel tradi — una forma enfatica¹, e inconcinna, perchè il *vetet solvi* si riferisce all'estraneo, il *vetet venire vel tradi* al all'altro curatore.

Inoltre in queste due frasi abbiamo le parole *venditio traditio* che male si adattano al *legitime mercaretur*.

Credo dunque che noi abbiamo il testo genuino in quanto si riferisce alla prima domanda sola. La questione è sulla validità del pagamento fatto ad uno dei curatori; — la risposta è divisa in due parti, secondo le specie principali de' pagamenti: 1 recte solvi, 2 eum quoque... usucapturum; — la motivazione: solutio facti magis quam iuris est, e perciò si può presupporre il consenso dell'altro. Ma questa è una presunzione iuris, non de iure, e, se l'altro contraddice: vetet solvi, neque debitor liberabitur neque emptor usucapiet².

Queste ultime parole, come la frase eum quoque... etc., a prima vista, parrebbero riferirsi alla questione dell'alienazione in sè stessa; i compilatori perciò inserirono quella seconda domanda, che abbiamo notata, e quelle parti, nella risposta, che sembravano indispensabili conseguenze di essa.

¹ Corretta dal Mommsen "vel etiam", invece di "vetet".

² Sforando questa materia delle praesumptiones, colgo l'occasione di esprimere la mia adesione allo studio recente del Ferrini [Rivista italiana per le scienze giuridiche vol. 14] sulle «presunzioni», e questo tanto più fo con piacere, in quanto il F., avendo riguardo al mio lavoro sullo stesso tema, introduce una distinzione che m'era sfuggita.

Si può comparare in questo senso :

- 1) alteri... recte solvetur [vel an unus... alienare possit]
- 2) [rem furiosi]... fundum furiosi
- 3) vetet solvi [vetet venire vel tradi] (confr. sopra).

Similmente nel fr. 17 § 2 D. XII, 2 — Si tutor qui tutelam gerit aut curator furiosi prodigive iusiurandum detulerit, ratum id haberi debet: nam [et alienare res] et solvi eis potest et agendo rem in iudicium deducunt. —

Anche qui furono intromesse dai compilatori le parole, che ho chiuse entro le parentesi, come risulta ad evidenza dalla mutata costruzione.

Un'altra analogia pel modo come fu trattato il nostro fr. ci è offerta dalla legge 2 D. XLV - 2 — Quum duo eandem pecuniam aut promiserint aut stipulati sunt, ipso iure et singuli in solidum debentur et singuli debent: ideoque petitione acceptilatione unius tota solvitur obligatio.

A parer mio è evidente che Giavoleno parlava dei duo rei stipulandi, perchè e la petitio e l'acceptilatio sono proprie del correus credendi. I compilatori invece credendo che la dualità di questi termini riconducesse a due casi, v'intromisero i due rei promittendi, lasciando la loro traccia nel terribile comma « ipso iure... debent. »

Berlino, 1 febbraio 1894.

O. GRADENWITZ.

L' EDITTO PUBLICIANO

1. Propongo una nuova soluzione del vecchio quesito sulla restituzione di questo editto, coll'idea che sia la soluzione definitiva e colla speranza che per tale debba essere riconosciuta. Lo dico, perchè senza questa fede non mi riterrei autorizzato ad intrattenere il lettore di un argomento così oramai trito. D'ipotesi ne abbiamo abbastanza. A sperar ciò m'induce non solo la bontà degli argomenti, che della mia proposta stanno in favore, ma anche il fatto che gli studi precedenti la rendono, a quanto parmi, matura. I quali studi ho cercato di considerare attentamente; tuttavia nell'esposizione successiva credo di dovermi attenere al metodo della esposizione diretta degli argomenti, che suffragano la mia tesi. In tanto terrò conto delle asserzioni altrui, in quanto riescano contrarie a qualche mia argomentazione. Tutte le altre o asserzioni o ipotesi o congetture cadranno di per sè, se riuscirò nella mia dimostrazione. Se non riuscirò, avrò risparmiato almeno al lettore la noia di leggere una critica negativa, che può fare facilmente di per sè.

2. L'editto publiciano giuliano era il seguente:

Si quis id quod bona fide emit (o emerit, o emisse dicetur) nondum usucaptum petet iudicium dabo.

La formula inserita nell'editto era quella di Gaio IV, 36. « Iudex esto. si quem hominem A. Agerius emit et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem de quo agitur ex iure quiritium eius esse oporteret, etc. »

3. Anzitutto affermo così l'unità dell'editto e della formula. È noto quali fatti stanno a favore di questa unità. Il Digesto non reca che un solo editto. In nessun luogo delle nostre fonti si trova una frase sola, che accenni a due editti o ad un editto con due clausole, che torna lo stesso. In particolare si parla sempre nelle fonti di una publiciana actio, mai di publicianae actiones. Gaio IV, 36, non reca che una formula e in generale scrivendo: « datur autem haec actio ei qui ex iusta causa traditam sibi rem nondum usucepit, eamque amissa possessione petit », mostra d'intendere che esistesse una sola azione corrispondente di necessità ad un unico editto. Questi fatti hanno il pregio di avere un significato per sè; ognuno è obbligato a ritenerli come argomenti per l'esistenza di un solo editto e di una sola formula.

Niente di simile si può addurre per l'esistenza di un doppio editto e di una doppia formula. Effettivamente l'asserita impossibilità che fossero compresi in un unico editto i due casi diversi della proprietà bonitaria e della possessio b. f., dopo gli studi del Bring, dell'Appleton, dell'Ermann appare un fatto per lo meno contestabile. E quanto a quelle o scorrezioni, o anomalie, o enigmi che sono l'« id quod traditur », l'« ex iusta causa petet », l'« a non domino », il « Praetor ait: qui bona fide emit », nessuno osa sostenere che questi fenomeni abbiano un significato proprio a favore dell'idea di un doppio editto e di una doppia formula. Essi sono degli enigmi, di cui si credette di trovare la soluzione in codesta idea e non più; di per sè essi non ci guidano verso l'editto e la formula unica, nè verso l'editto e la formula doppia. Una necessità logica di concludere da essi nell'un senso o nell'altro non esiste. Quei primi fatti, che stanno per l'unicità dell'editto e della formula, conservano adunque tutto il loro valore. Il che vuol dire che noi dobbiamo partire dal presupposto di codesta unicità, salvo ad abbandonare quest'idea solo quando incontrassimo dei fatti indubbiamente inconciliabili con essa.

4. Volgiamoci al contenuto dell'editto giuliano e cominciamo dalla formula dell'editto. Io vengo ad asserire e quindi devo dimostrare che nell'editto giustiniano citato nella l. 1 pr.¹ « Ait praetor: si quis id quod traditur ex iusta causa non a domino et nondum usucaptum petet, iudicium dabo » è tutta interpolata la prima parte dell'editto « si quis id quod traditur ex iusta causa et non a domino » e che al suo posto stava scritto « si quis id quod bona fide emit ». Il che torna a dire che l'editto non parlava di tradizione, nè della iusta causa della tradizione, nè dell'acquisto a non domino; ma nominava soltanto la compera con buona fede.

5. Premetto a questa dimostrazione un'avvertenza di massima, necessaria a toglier valore a prossime obiezioni, che contro la mia formula si presentassero sin d'ora al lettore. Questi potrebbe subito notare che, onde la mia formula stia, bisogna supporre che sia una falsificazione non solo l'editto giustiniano citato, ma anche una frase staccata dell'editto, che l'imperatore stesso cita e precisamente la frase « ex iusta causa petet » (l. 3, § 1). Bisogna anche supporre che l'imperatore c'inganni quando scrive « sed cur traditionis dumtaxat et usucapionis fecit (scil. Praetor) mentionem » (l. 1, § 2). Ebbene, rispondo, in generale (le eccezioni non mancano) gli scrittori sul nostro tema sono veramente partiti dal preconetto, che se è interpolato l'editto, non possano essere interpolate le frasi staccate dell'editto sparse nel nostro titolo. Anzi si giovarono di queste frasi per ricostruire l'editto originario. Ma in questo fatto io trovo precisamente una delle cause, per le quali i tentativi di ricostruzione sinora fatti non sono riusciti soddisfacenti. Chi o che ci assicura che queste frasi abbiano tutte quel carattere di genuinità che non ha l'editto? I compilatori, che costruirono, come tutti ammettono, questo, togliendo o aggiungendo parole all'editto giuliano, o perchè non possono averci fatto il brutto scherzo di conti-

¹ Dove cito le leggi, senza indicare il titolo, è sottinteso il tit. D. 6, 2.

nuare a mettere in bocca al pretore frasi dell'editto che aveano aggiunto loro? Il trattare tutte codeste frasi per genuine è dunque un manifesto errore. Così si va incontro ad occhi chiusi al pericolo di rifare una costruzione classica con materiale, che in parte può essere anch'esso giustiniano.

Altra obiezione prossima si è che secondo la mia formula Giustiniano avrebbe rifatto mezzo editto con parole, che non sarebbero state nell'editto giuliano. Ora, rispondo, sta in fatto che gli scrittori, che m'hanno preceduto in questa ricerca, presuppongono quasi tutti che il materiale linguistico, dirò così, dell'editto giustiniano debba essere il materiale linguistico dell'editto giuliano. Per alcuni « *id quod traditur* » è frase possibile e la conservano tale e quale; per altri è frase impossibile che va mutata, ma la convertono in un « *traditum* », perchè assolutamente non sanno pensare che il verbo « *tradere* » in uno o in altro modo e tempo non stesse nell'editto giuliano. « *Ex iusta causa petet* » della l. 3, § 1 non va; ciò però non fa dubitar nessuno (tolto il Noodt) che nell'editto giuliano non ci fosse; invece si corregge la frase premettendo « *traditum* ». « *Non a domino* » è certo una interpolazione, ma se v'ha chi la espelle dall'editto (Appleton), v'ha pure chi ne argomenta che un « *dominus* » nell'editto dovea essere nominato (Lenel). Ebbene, anche quest'idea che il materiale linguistico dell'editto giustiniano deva essere materiale linguistico dell'editto giuliano, è per me un altro preconetto, che contribuì a rendere questa ricerca infeconda. Poichè ammettiamo tutti che l'editto giuliano fu alterato dai compilatori, noi non possiamo più presupporre una cosa simile. Vi sono frasi, che indubbiamente doveano essere comuni ai due editti; sono « *nondum usucaptum* » e « *iudicium dabo* »; questa perchè formula tecnica immancabile negli editti, quella a motivo della « *fictio usucapionis* », che tutti i classici ci affermano essere la base della publiciana. Ma la parte precedente dell'editto, che fu quella, dove avvennero, per comune opinione, le alterazioni, può essere tutta

fatta con termini non edittali. Per questa parte sarà certo quindi più prudente muovere dall'idea che si sia innanzi ad una interpolazione composta con termini nuovi e obbligarsi così a dimostrare poi, se sarà possibile (e io dico che non è), che alcuni termini sono originari dell'editto giuliano, anzi che muovere, come si è fatto sinora, dall'idea inversa e dimostrare poi che qualche termine non è originario.

6. Premesso questo, vengo alla dimostrazione della mia tesi.

Il pretore nominava la compra-vendita in buona fede e non nominava affatto la tradizione *ex iusta causa*. Dobbiamo partire dall'affermazione di Nerazio, libro tertio membranarum, l. 17, D. h. t.:

« Publiciana actio non ideo comparata est, ut res domino auferatur: eiusque rei argumentum est primo aequitas, deinde exceptio ' si ea res possessoris non sit, : sed ut is, qui bona fide emit possessionemque eius ex ea causa nactus est, potius rem habeat. »

Questa sentenza Nerazio non la scrive per dare una notizia storica, ma come argomento per una qualche conclusione giuridica. Il suo libro delle membrane infatti, da cui è tolto il testo, sembra che sia una esposizione dogmatica di certi punti di diritto e una collezione di responsi. Il che vuol dire che lo scopo della publiciana egli lo deve determinare in relazione a condizioni di diritto presenti al suo tempo e non in relazione a condizioni di diritto passate. In realtà a condizioni giuridiche presenti egli si riferisce per negare che la publiciana abbia un certo scopo; egli invoca infatti l'*aequitas* e l'*exceptio* « si ea res possessoris non sit ». Dunque anche a condizioni giuridiche presenti egli deve riferirsi, quando afferma che la publiciana ha uno scopo diverso. Ora al suo tempo la publiciana competeva per ogni tradizione *ex iusta causa*. Contemporaneo a Giuliano, egli doveva ammettere che la publiciana avesse il largo campo d'azione, che le assegna Giuliano (l. 7 § 1, l. 11 § 4). Posto questo, come si può spiegare che egli tuttavia dica che la publiciana fu introdotta pel caso di compravendita in buona fede, senza accennare menomamente alle altre cause della tradizione? Le spie-

gazioni possibili sono due. Egli può dir ciò, pur sapendo che la publiciana valea anche per altre cause, e pure esistendo un editto che stabiliva questo, perchè la compravendita era il caso più frequente di applicazione della publiciana e perchè la sola compravendita era menzionata nella formula. Ma la spiegazione non soddisfa. È difficile ammettere che un autore determini lo scopo di un'azione dal caso nominato in essa, quantunque sia anche il caso principale, a cui si applica, mentre sa che ne esistono degli altri importantissimi come la dote, la donazione, e mentre la fonte legislativa a lui nota dell'azione non contempla quel caso solo, ma invece li abbraccia tutti nell'ipotesi di *traditio ex iusta causa*. Dunque si presenta come necessaria l'altra spiegazione, che Nerazio, benchè conosca tutto il largo campo d'applicazione della publiciana, nomina quella sola causa, perchè questa sola era menzionata non solo nell'azione ma anche nell'editto da cui l'azione derivava. Questo editto o era il giuliano o era l'editto pregiuliano. Se il primo, la questione è risolta; cioè noi possiamo affermare che dunque l'editto di Giuliano non parlava che di compra-vendita. Se il secondo, dovremo dire che Giuliano trovò l'editto antico ristretto al caso di un acquirente in buona fede.

Il testo di Nerazio contiene anche un indizio che l'editto a lui noto non parlasse di tradizione. Egli infatti di tradizione non parla; dice solo « *possessionemque eius ex ea causa nactus est* »; così egli esprime la necessità dell'acquisto del possesso con una perifrasi, opportuna e naturale, se l'editto codesta necessità non la esprimeva, parlando di tradizione, ma esigendo solo che un'usucapione fosse incominciata; meno opportuna e men naturale, se l'editto conteneva il termine « *tradere* », perchè allora era più indicato scrivere: « *eamque ex ea causa traditam accepit* » o altra frase simile. Questa omissione del verbo « *tradere* » non ha tuttavia che il valore di un indizio; sono ben lontano dal darle il valore di un argomento.

L'importanza del resto di Nerazio sta adunque in questo, ch'esso crea per lo meno uno stato di possesso certo a favore dell'idea che

l'editto giuliano parlasse solo di compravendita ed uno stato di possesso probabile a favore dell'idea che non parlasse di tradizione. Noi cioè sappiamo o relativamente possiamo ritenere che Giuliano trovò un editto così concepito. Bisognerebbe provare che Giuliano lo mutò. Ciò che dirò in seguito prova invece che è sempre questo editto noto a Nerazio il solo noto a Giuliano stesso e a tutti i classici.

7. La formula della publiciana data da Gaio IV, 36, menziona come causa della tradizione solo la compra-vendita. Fino a prova contraria noi dobbiamo ora ritenere che Gaio riferisca la formula, che era nell'editto, la quale a sua volta doveva connettersi alla fattispecie dell'editto. Dunque l'editto non parlava che di compravendita. La formula menziona però anche la tradizione: « et is ei traditus est. » Sta bene. Ma il requisito della tradizione avvenuta è estratto, dirò così, dal « nondum usucaptum » dell'editto; l'ipotesi « nondum usucaptum » è nella formula sciolta evidentemente nei suoi elementi costitutivi: acquisto del possesso (et is ei traditus est), finzione di possesso durato un anno (si quem hominem... anno possedisset), possibilità che questo possesso procacciasse la proprietà (tum si eum hominem de quo agitur ex iure quiritium eius esse oporteret). Dunque la menzione della tradizione nella formula non prova che di tradizione si parlasse nell'editto.

8. Effettivamente, se l'editto menzionava la compravendita in buona fede soltanto, com'è per quel che ho detto sinora probabile (non dico ancora provato) e dicea poi, com'è certo, « nondum usucaptum », la menzione della tradizione era superflua. Perché la frase « nondum usucaptum » contiene in sé le due idee di un'usucapione non avvenuta, ma anche di un'usucapione incominciata; dunque esprime il requisito dell'acquisto del possesso da compravendita, il cui modo non poteva essere che la tradizione. Oltre che superflua, la menzione della tradizione era contraria all'uso costante degli scrittori antichi di diritto, di non menzionare mai o quasi mai la tradizione, quando parlano di usucapione ex

causa emptionis, a meno che qualche circostanza giuridicamente rilevante non accompagni la tradizione. Il lettore per convincersene non ha che da leggere anche il solo tit. pro emptore. Io citerò due soli testi proprio in via d'esempio: l. 7 § 4: qui bona fide alienum fundum emit et possessionem eius amisit.; l. 13: alienam aream bona fide emit et ante impletam diutinam possessionem aedificare coepit. Si vede: si passa dalla compera alla perdita del possesso, e si omette il momento dell'acquisto del possesso. È caratteristica principalmente la l. 11 per la sua identità col nostro editto. Anche in essa si descrive una fattispecie consistente nella compra-vendita in buona fede, nell'acquisto del possesso, in una usucapione cominciata, ma non finita. Ebbene, i due momenti soli espressi sono i due: compra-vendita in buona fede, usucapione non compiuta. Il pretore ora non potea scrivere diversamente dai giuristi. Se non parlava che di compra-vendita in buona fede e poi diceva « nondum usucaptum » non menzionava, ripeto, la tradizione.

9. Che effettivamente non la menzionasse risulta in modo non dubbio da alcune sentenze. Si discute se l. 7 § 16 di Ulpiano sia parte del commento all'editto o del commento alla formula. Non voglio entrare per ora in questa questione. Io dico solo questo: sia essa parte dell'uno o dell'altro, si deve ammettere, che le ultime parole di essa « ceterum ante traditionem, quamvis bonae fidei quis emptor sit, experiri publiciana non poterit » presuppongono evidentemente che qualche cosa potesse far credere che si potesse agire colla publiciana prima della tradizione. Questo qualche cosa non potea essere che l'editto. La formula esigeva la tradizione; se anche l'editto l'esigeva, il fare codesta avvertenza sarebbe stato altrettanto assurdo come avvertire che prima di aver comperato non si può sperimentare l'azione. Vuol dire adunque che l'editto non parlava di tradizione. Non parlandone, chi avea comperato in buona fede e non avea ricevuto tradizione, potea dire di essere nei termini dell'editto; potea dire cioè: comperai in buona fede, nè ho ancora usu-

capito, tanto è vero che, non essendomi stata consegnata la cosa, ho ancora da cominciare ad usucapire. Ulpiano risponde no: non basta non avere usucapito; bisogna anche aver cominciato ad usucapire: cioè la tradizione dev'essere avvenuta. Queste parole sono adunque un buon argomento per ritenere che l'editto non parlasse di tradizione.

Invece non sono un argomento per l'idea che ne parlasse, le altre precedenti della stessa legge: « ut igitur Publiciana competat, haec debent concurrere ut et bona fide quis emerit et ei res emptae eo nomine sit tradita ». Facciamo pure infatti l'ipotesi più sfavorevole per me (del resto la buona) che qui Ulpiano commenti l'editto, ancora esse non provano ciò. Perchè Ulpiano non scrive per esigere la tradizione, ma per esigere che la tradizione sia fatta « eo nomine » ossia in causa della compra-vendita in buona fede. Cioè le sue parole sono sempre commento alla frase « qui bona fide emit » ch'egli cita e non mai ad un'altra parola, che non cita. Egli vuol dir tutto sulla compera: non basta la compera; occorre la compera in buona fede; questa compera deve essere anche la causa della tradizione. Solo interpretando così il testo, diventano sensate le parole successive « ceterum » ecc. Perchè se prima Ulpiano intendeva d'esprimere l'esigenza della tradizione, diventava assurdo scrivere poi che prima della tradizione l'azione non compete; saremmo innanzi ad una inescusabile tautologia.

L'avvertenza di Ulpiano che la publiciana non compete prima della tradizione non può avere altra causa da quella ch'io dico, anche perchè la troviamo fatta da un altro giurista e cioè da Callistrato l. 50 pr. D. 6. 1: « si ager ex emptionis causa ad aliquem pertineat, non recte hac actione agi poterit, ante quam traditus sit ager tuncque possessio amissa sit. » Questa ripetizione indica infatti una necessità di farla quest'avvertenza e codesta necessità non può avere altra causa che nel silenzio dell'editto sulla tradizione.

Vedasi anche ora l. 9 § 4 di Ulpiano: « si duobus quis sepa-

ratim vendiderit bona fidei ementibus, videamus, quis magis Publiciana uti possit, utrum is cui priori res tradita est an is qui tantum emit. Et Julianus libro septimo digestorum scripsit, ut, si quidem ab eodem non domino emerint, potior sit cui priori res tradita est, quod si a diversis non dominis, melior causa sit possidentis quam petentis: quae sententia vera est. » Il Mommsen propone di correggere « is qui tantum emit » in « is qui eam tum tenet ». Anche senza questa correzione tutti gli scrittori convengono che Ulpiano presuppone non già che uno abbia soltanto comperato, ma che sia stato solo primo nella compera e poi abbia avuto anch'esso tradizione. Ed effettivamente per capir la decisione giulianea successiva bisogna presupporre questo. Ma a me pare evidente che la decisione di Giuliano non si connette a codesta fattispecie. Ulpiano suppone che uno solo abbia venduto a due separatamente. E dunque non si coordina con questa ipotesi la distinzione successiva tra il caso che uno abbia venduto a due e l'altro che due abbiano venduto a due. Messa assieme questo argomento coll'altro che nel testo citato d'Ulpiano « is qui tantum emit » o va mutato, o bisogna interpretarlo in modo sforzato tanto da parere appunto necessaria una mutazione, messa assieme anche l'altra circostanza che « ab eodem non domino » e « a diversis non dominis » devono essere frasi interpolate, perchè prima non si dice « si quis non dominus », bisogna ammettere che i compilatori cominciarono ponendo una questione di diritto, a cui adattarono una decisione, che era fatta per un'altra diversa, perchè avvertirono che quella prima, dato il loro editto, non era più possibile.

Ulpiano poneva in principio una questione, che derivava dallo stesso motivo, che ispirò la sentenza in l. 7 § 16: « ceterum ante traditionem, quamvis bonae fidei quis emptor sit, experiri Publiciana non poterit » cioè dal non menzionare l'editto che la compera, tacendo della tradizione. Non menzionando l'editto la tradizione, si ponea la questione: io comprai in buona fede, ma non ho avuta la tradizione;

tu comperasti, ma avesti la tradizione: siamo entrambi nei termini dell'editto: comperammo in buona fede nè usucapimmo. Chi vincerà? La questione di fronte all'editto dei compilatori non aveva più ragione di essere. Chi non ha avuta la tradizione non può avere la publiciana secondo i termini dell'editto. Quindi i compilatori citarono pure la questione com'era posta da Ulpiano, dandovi altro senso, il senso che vi danno ora gli interpreti, e la fecero seguire dalla decisione di Giuliano, che si riferisce al caso di due che abbiamo avuta entrambi la tradizione della cosa. Si chiederà perchè i compilatori non citarono allora la fattispecie relativa alla decisione giuliana. Io non trovo altra spiegazione che nella fretta del copiare. Continuarono citando Ulpiano finchè poterono; poi omisero la sentenza sua per questo caso, e vi connetterono l'altra relativa al caso di due tradizioni, che Ulpiano esponeva con termini forse più lunghi in seguito.

Abbiamo adunque tre sentenze di cui due certamente, una con grande probabilità, non possono avere altra origine che nel silenzio dell'editto rispetto alla tradizione.

10. Dato che l'editto menzionasse la sola compra-vendita e non la tradizione ex iusta causa, tutto il discorso dei nostri giuristi intorno alla publiciana doveva partire dall'ipotesi di compravendita e di una tradizione conseguente a questa sola causa. Delle altre cause non si doveva far parola che incidentalmente: in particolare poi non si doveva partire dall'ipotesi di tradizione in genere per una causa qualsiasi. Se invece l'editto o un editto parlava di tradizione per una causa qualsiasi doveva avvenire il contrario; cioè si doveva partire da questa ipotesi, trattar tutte le cause alla pari e al più accordare una prevalenza alla compra-vendita. Ora le fonti fanno precisamente la prima cosa e non fanno mai questa seconda.

Mentre gli studiosi di questa materia rivolgono la maggiore attenzione a tanti piccoli fatti mi pare che perdano precisamente di vista o che non apprezzino abbastanza questo, che è significantissimo. A partire dalla l. 3 § 1 (le leggi precedenti non sono, come

vedremo, genuine) noi vediamo, che i giuristi scrivono come solo può scrivere chi ha innanzi un editto, che non contempra che la compravendita. Questa è presentata come la causa naturale, per la quale è accordata la publiciana (l. 3 § 1). Pur enumerando le altre cause, il pensiero dello scrittore non sa distaccarsi da essa. Vi si ritorna infatti due volte distinguendo fra dote stimata o no, e affermando che la *litis aestimatio* è simile alla vendita. Vi si ritorna indirettamente, quando si ammettono a fatica (« et », « licet » in l. 7 § 3, l. 11 § 3) le cause lucrative. Anche dov'era la cosa più naturale del mondo supporre una tradizione *ex iusta causa*, cioè dove si espongono i principii generali sulla publiciana, che valgono per tutte le cause, anche allora non si fa mai l'ipotesi di *traditio ex iusta causa*, ma di *compravendita* (l. 7 §§ 2 e 4; l. 11 § 2; l. 9 pr. §§ 1-3, 6; l. 11 pr. §§ 6-10). Pur nelle leggi relative alla publiciana, che stanno fuori del nostro titolo, la *compravendita* regna sovrana.¹

Questo fatto del dominio esclusivo dell'ipotesi di *compravendita* in b. f. e in particolare della mancanza dell'ipotesi di *tradizione* in genere (tolte due eccezioni di cui parlerò poi) non si può affatto spiegare colla mera idea che una parte del nostro titolo è commento all'azione che parlava di *compravendita*, perchè una parte è anche commento all'editto, e le ll. 15, 17, dove pure la *compravendita* ritorna non sono tolte a commenti. Nè si spiega solo coll'idea che i giuristi scrivano in relazione alla causa principale; ciò potrebbe spiegare una prevalenza del caso di *compravendita*, non già il suo esclusivo dominio. Nè si spiega neppure coll'idea di un editto *pregiuliano* ristretto alla *compravendita*; i commen-

¹ Se ne parla in l. 72 D. 6. 1. — l. 10 D. 41. 3. — l. 1 § 1 D. 1. 19 — l. 5 D. 49. 14 — l. 43 § 2 D. 41. 1 — l. 1. 50 D. 6. 1.

Non ne parlano solo poche leggi e cioè l. 26 D. 50, 16 testo che si connette però a l. 11 § 2 D. h. t., dove si parla della publiciana pel *partus ancillae furtivae* in relazione alla *compravendita*. L. 128 D. 50, 17, non fa una fattispecie qualsiasi. Lo stesso si dica di l. 18 D. 20. 1. Infine l. 10 § 1 D. 27, 10 parla sul punto quando una tradizione fatta dal *curator furiosus* sia valida e pur questa quindi è indifferente.

tatori dell'editto giuliano, se questo parlava di *traditio ex iusta causa*, come poteano continuare a scrivere come se invece esistesse ancora l'editto antico? Questo infatti è quel che avviene; i nostri testi sulla publiciana sono precisamente tutti tali nel loro insieme da essere commento a un editto che non parlasse che di compravendita, e che fosse esteso solo dai giuristi ad altri casi. Non c'è adunque che una spiegazione, cioè che l'editto giuliano fosse precisamente quale si presuppone che fosse il pregiuliano, ossia che esso menzionasse la sola causa della compravendita.

La miglior conferma di questa spiegazione sta nel fatto che abbiamo bensì, come ho accennato, due testi sulla publiciana, dove il discorso muta di tono, dove cioè si fa l'ipotesi di tradizione in genere, ma proprio questi testi sono interpolati.

Troviamo l'ipotesi di tradizione in l. 11 § 1: « si de usufructu agatur tradito etc. » Tutto il testo fu manipolato dai compilatori. È sbagliata la costruzione latina; da che dipende infatti « servitutibus »? È un ablativo assoluto? È sottinteso « itemque si de servitutibus... constitutis agatur »? Chi lo sa? L'esempio inoltre di servitù urbana, che la legge dà, è erroneo, perchè parrebbe che una servitù fosse urbana o rustica secondo che grava su di un fondo urbano o rustico, contro il fatto constatato, che invece il carattere di urbana o rustica di una servitù dipende dal carattere del fondo, a cui compete. Il « forte » è poi qui certo bizantino. Troviamo l'ipotesi di tradizione anche in l. 12 § 2: « in vectigalibus et in aliis praediis, quae usucapi non possunt, Publiciana competit, si forte bona fide mihi tradita est ». In quest'ultima proposizione ricompare il « forte » di prima, e compare l'errore grammaticale « tradita est » dovuto al compilatore, che adatta la persona del verbo al soggetto, che ha in mente (res) anzi che al soggetto del testo ¹. Dunque l'ipotesi di tradizione non è mai fatta dai classici ma solo dai compilatori.

¹ È ammessa l'interpolazione di questo testo anche dall'Ermann, *Beitr. zur Publ. nella Zeitschr. der Sav.-Stiftung*, XI p. 275.

Non può apparire più chiaramente la diversità del linguaggio, che dovea essere usato dai giuristi a seconda che l'editto parlava di *traditio ex iusta causa* o di *emptio bonae fidei*, di quel che appare dal confronto fra la l. 12 § 2 ora citata e l. 12 § 3. Dove scrive il compilatore, che ha in mente la *traditio ex iusta causa* dell'editto giustiniano, l'ipotesi, a cui si connette l'esposizione del principio, diventa di tradizione. Riscrivo la l. 12 § 2: « *in vectigalibus et in aliis praediis, quae usucapi non possunt, Publiciana competit, si forte bona fide mihi tradita est.* » Quando continua il classico a dire un principio presso che identico a questo, allora l'ipotesi non è più la tradizione, ma torna ad essere la compra-vendita. Vedasi l. 12 § 3 Paolo: « *idem est et si superficiariam insulam a non domino bona fide emerò.* » Qui il compilatore si limita ad interpolare « *a non domino* » e qui si rientra nel mondo classico.

11. Appunto perchè l'editto non parlava di tradizione, abbiamo il curioso fenomeno, che mentre troviamo citati vari brani dell'editto: « *mondum usucaptum* » — « *ex iusta causa petet* » — « *qui bona fide emit* » non troviamo invece un brano edittale staccato, che parli del requisito della tradizione, e solo abbiamo una dichiarazione di Ulpiano nella l. 1 § 1, che il pretore ne fece menzione. Eppure, se l'editto parlava di tradizione, questa sarebbe stata citata da Ulpiano a parte, come principio del commento relativo e i compilatori non aveano ragione di ammettere la citazione, ma ne aveano una decisiva per riprodurla, ed è, che il loro editto parla di tradizione.

Come manca la citazione, manca anche, e per la stessa ragione il commento.

Noi troviamo infatti che di tradizione in sè non si parla che dove si commenta certamente l'azione, la quale conteneva la frase « *et is ei traditus est* ». Mi spiego su codesto « *in sè* ». Di tradizione un commentatore potea parlare sia in relazione ai termini « *nondum usucaptum* » dell'editto, sia in relazione a un termine « *traditum* »;

che fosse in esso. Ma il commento dovea prendere forma diversa. Nell'un caso la tradizione dovea essere considerata soltanto come condizione per l'usucapione, e quindi si dovea dir di essa solo che requisiti dovea avere, perchè cominciasse l'usucapione. Nell'altro il giurista dovea esporre i requisiti di una valida tradizione e i vari casi e modi di tradizione. Ora io affermo precisamente questo, che in quei brani dei commenti, che possono essere commento all'editto, di tradizione in sè non si fa mai parola, ma la si considera solo in relazione all'usucapione. Invece la tradizione in sè è commentata solo dove evidentemente si commenta l'azione. Ciò significa che nell'editto mancava quella menzione della tradizione, che c'era invece nell'azione.

Si parla di tradizione in sè cioè nel secondo senso, nella l. 9 §§ 1-4, 6. l. 11, pr. (il § 1 è, come dissi, interpolato). Ora in queste leggi è certo commentata l'azione. L. 9 pr. « sive autem emptores tradita est sive heredi emptoris, Publiciana competit actio » contiene un'avvertenza necessaria dinanzi all'« ei » della frase « et is ei traditus est ». Il § 1 dice che è efficace la traditio brevi manu. Questo § è destinato così ad escludere che la formula esiga la materiale consegna della cosa. Il § 3 dice che compete la publiciana anche se « praecessit traditio emptionem »; esso è provocato dal fatto che la formula nomina prima la compera e poi la tradizione. L. 9 § 4 suppone il caso di uno, a cui sia stato tradito, mentre un altro comperò soltanto. Si discute sul punto generale: chi dei due vincerà colla formula. Si può dubitare tuttavia se questo testo stesse proprio qui, dove si commentano i termini singoli dell'azione, o se siamo innanzi ad una trasposizione, com'è quella del § 5. La L. 9 § 6 continua il discorso, che troviamo in l. 7 § 10, dove si commenta l'azione. Questa legge, dove sta, infatti, è fuor di posto. Essa è commento dell'« ei » della formula: « si ego non emero, sed servus meus, habebō Publicianam. idem est et si procurator meus vel tutor vel curator vel quis alius negotium meum gerens emerit ». Parlato del servo per dir questo, Ulpiano continuava verosimilmente colla l. 9 § 6.

« Si servus hereditarius ante aditam hereditatem aliquam rem emerit et traditam sibi possessionem amiserit, recte heres Publiciana utitur, quasi ipse possedisset. municipes quoque quorum servo res tradita est, in eadem erunt condicione. » L. 11 pr. è ancora commento dell'« ei »: « si ego emi et mea voluntate alii res sit tradita ».

Posso dunque dire che veramente i testi, che considerano la tradizione in sè, sono tutti testi di commento all'azione. Invece noi non troviamo un testo solo, che si possa ritenere commento all'editto, che contenga alcun che di simile. Su l. 7 § 16 ho parlato. Questa può essere commento all'editto; ma dissi che qui Ulpiano non fa che discorrere della compra-vendita. Si vuole ¹ che sia commento all'azione anche l. 7 § 17 ove Ulpiano, citando Giuliano, dice: « traditionem rei emptae oportere bona fide fieri: ideoque si sciens alienam possessionem adprehendit, Publiciana eum experiri non posse, quia usucapere non poterit ». Se questo fosse, dovremmo dire, che in nessun punto in relazione all'editto si commenta la tradizione. Ma io voglio pur supporre che la legge sia commento all'editto. In tutto questo studio io mi astengo assolutamente dal fondare conclusioni sull'appartenenza dei testi al commento all'azione o al commento all'editto, dove proprio essa non sia indubbia. Altrimenti prendo l'ipotesi più sfavorevole per me. Ebbene, sia pur codesta legge commento all'editto, dobbiamo dire però che la tradizione è considerata in relazione all'usucapione; vi si esige infatti quella qualità della tradizione, che è necessaria perchè in forza della tradizione cominci l'usucapione. Può darsi anche che sia commento all'editto l. 10 pr. D. 41, 3: « si aliena res bona fide emptā sit, quaeritur, ut usucapio currat, utrum emptionis initium ut bonam fidem habeat exigimus, an traditionis. et optinuit Sabini et Cassii sententia traditionis initium spectandum ». Ma anche qui la tradizione è considerata in relazione all'usucapione.

¹ Appleton I, p. 56.

12. Tornando ora all'idea che la sola compra-vendita in buona fede, e non alcuna altra causa, fosse menzionata, devo notare che così e così solo s'intendono certi altri fatti. Vedasi l. 11, § 3. « Interdum tamen, licet furtiva mater distracta non sit, sed donata ignorant mihi et apud me conceperit et pepererit, competit mihi in partu Publiciana, ut Iulianus ait, si modo eo tempore, quo experiar, furtivam matrem ignorem. » Perchè « licet distracta non sit »? Il fatto che la formula non menzionava che la compravendita non basta a spiegar questo, se l'editto menzionava la iusta causa in genere. Ognun sapeva che la formula valea per esempio. Dunque c'era una difficoltà fuori della formula, e la difficoltà non potea essere che nell'editto stesso, che avea redatto Giuliano, dove della sola compra-vendita si tenea parola. Il quale Giuliano non per nulla nota, per estendere la publiciana al caso della litis aestimatio, nella l. 7, § 1 (dove devono essere di Giuliano anche le prime parole): « si lis fuerit aestimata, similis est venditioni: et ait Julianus libro vicensimo secundo digestorum, si optulit reus aestimationem litis, Publicianam competere ». Egli ha bisogno di questa affinità colla vendita per ammettere un'azione concessa nell'editto pel caso di vendita soltanto. Per questo la troviamo posta in rilievo; mentre dinanzi all'editto giustiniano il rilievo è ozioso. La giurisprudenza certo andò più in là, e più in là andò lo stesso Giuliano. Ma noi possiamo anche seguir le tracce del movimento e i dubbi, che non mancarono.

L. 3, § 1, « et non solum emptori bonae fidei competit Publiciana, sed et aliis, ut puta ei cui dotis nomine tradita res est nec-

¹ È un cavillo il dire che il " licet „ non si riferisce al caso della vendita come tale, ma a tutte le complicazioni: donazione di una cosa furtiva e publiciana pei suoi prodotti. I §§ 2 e 3 della l. 11 sono uguali nelle complicazioni: si tratta in entrambi di cosa furtiva, in entrambi di publiciana pel parto, in entrambi di concezione presso l'acquirente di buona fede; ora se nel § 2 si espone che compete la publiciana pel parto di un'ancella concepito presso il compratore di b. f., il " licet „ del § 3 non può riferirsi che all'unico momento differenziale che rimane, ossia al fatto che qui si tratta di donazione, là di compra-vendita. Contro Ermann, *Beitr. zur Publ.* nella *Zeitschr. der Sav.-Stiftung* XI, p. 239.

dum usucapta: *est enim iustissima causa*, sive aestimata res in dotem data sit sive non. »

L. 7, § 3. « Sed et si quis ex lucrativis causis rem accepit, habet Publicianam, quae etiam adversus donatorem competit: *est enim iustus possessor et petitor qui liberalitatem accepit.* »

L. 11, § 4. « Idem Iulianus *generaliter* dicit, ex qua causa matrem usucapere possem, si furtiva non esset, ex ea causa partum me usucapere, si furtivam esse matrem ignorabam: *ex omnibus igitur causis Publicianam habeo.*

Prescindiamo pel momento dalle parole in corsivo. Noi vediamo nella l. 3, § 1, Ulpiano scrivere: « et non solum emptori »; ora il « non solum » è assurdo, se l'editto menzionava la iusta causa in genere della tradizione, anzi che la sola compra-vendita. Nello stesso testo le parole « sive aestimata res in dotem data sit sive non » accennano forse a un'opinione, secondo la quale la publiciana compete nel solo caso di dos aestimata. Ora ciò non potea dipendere che dal fatto che la aestimatio dotis, al pari della litis aestimatio, di cui parlammo, equivale alla vendita. In ogni caso la distinzione prova che il pensiero dei giuristi si rivolse anche per la dote all'affinità colla compra-vendita e che adunque l'editto di questa sola parlava. Non nominando inoltre l'editto che la compra-vendita, era naturale che anzitutto la giurisprudenza non lo estendesse che alle altre cause onerose di traslazione del dominio, e fosse ritrosa ad estenderlo alle lucrative. La ritrosia fu vinta, ma essa si manifesta nelle parole della l. 7, § 3, di Ulpiano: « sed et si quis ex lucrativis causis », ecc. L'« et » fa evidentemente il paio col « licet » della l. 11, § 3, di cui abbiamo poco fa parlato. Parificate le cause onerose alle lucrative, oramai la publiciana veniva a competere per tutte le cause d'usucapione. E la l. 11, § 4, benchè sia in sè sentenza sull'usucapione, si può ritenere che sia anche nella mente di Giuliano sentenza sulla publiciana. Ma che a questa estensione della publiciana e Giuliano e Ulpiano non arrivino partendo

dalla « iusta causa », che fosse nell'editto, che insomma la iusta causa dell'editto giustiniano non sia che invenzione dei compilatori, appare dalle parole in corsivo, che sono tutte interpolate.

Tutte e tre le proposizioni in corsivo sono aggiunte o con un « enim » o con un « igitur », modo consueto d'iniziare un'interpolazione. Tutte e tre presentano delle irregolarità in parte di stile, in parte di logica. « Iustissima causa » è un superlativo che sembra bizantino. È anche un superlativo assurdo logicamente. Perché in ogni caso, dopo aver presentato col « non solum » la compra-ven-dita come il caso naturale, come la vera « iustissima causa », Ulpiano non doveva chiamare così la dote, o doveva almeno dire che è *anch'essa* « iustissima causa ». Sopra tutto poi la frase « est enim iustissima causa » è grammaticalmente erronea. Quale è il soggetto di « est »? Tutti risponderanno « dos ». E nella mente del compilatore era veramente « dos »; ma se si legge il testo latino, si dovrà ammettere che il soggetto, secondo le regole della lingua latina, sarebbe « res ». Questa è dunque un'interpolazione, che si tocca con mano. Noto anche che la frase è mozza; « iustissima causa » di che? Tutti risponderanno « traditionis »; ma il testo latino non permette di sottintenderla questa parola. La sottintendiamo, perchè c'è prima tanto di editto, che parla di « iusta causa traditionis ». Ma siccome nel commento d'Ulpiano tra la citazione dell'editto e questo testo c'era un bell'intervallo, e poichè le cause sono tante: della tradizione, dell'usucapione, dell'obbligazione, ecc., e poichè nel testo in discorso la frase « causa traditionis » non c'è, si capisce che Ulpiano « traditionis » l'avrebbe dovuto scrivere, perchè egli non potea sottintenderlo. Lo potè credere invece sottinteso il compilatore, perchè nella compilazione questo testo è vicinissimo all'editto.

La seconda proposizione « est enim iustus possessor et petitor qui liberalitatem accepit » è anch'essa bizantinamente ridondante. Ed è poi superflua o a dir meglio inutile. Che giustificazione si ha della estensione della publiciana al donatario, quando si è detto che

è un « iustus possessor » o peggio che è un « iustus petitor »? La « iusta possessio » è una frase classica, ma non un concetto classico ¹, perchè troviamo codesta frase usata in più sensi. La « iusta petitio » poi nè è una frase classica, nè è un concetto classico.

Nella l. 11, § 4, di Giuliano « generaliter » è interpolato; è noto infatti che codesto avverbio è postclassico ². Quanto alla proposizione finale, incontriamo ancora delle stroncature. « ... ex omnibus igitur causis... » di che? « Publicianam habebo... » per quali cose? e che nesso logico c'è fra questa sentenza e ciò che precede? Come può dal fatto, che la causa, che varrebbe per usucapire la madre, se non fosse furtiva, vale per usucapire il parto, desumersi con un « igitur » che dunque per tutte le cause, si deve sottintendere d'usucapione, compete la publiciana, si deve intendere per tutte le cose usucapibili?

Noi adunque, rispetto alla ipotesi di « iusta causa », constatiamo un fenomeno perfettamente identico a quello che abbiamo constatato per l'ipotesi di « traditio ». Cioè come noi vedemmo tutte le sentenze classiche sulla publiciana partire dall'ipotesi di compravendita, e nei due soli testi, ove la sentenza sulla publiciana è connessa all'ipotesi generica di tradizione, essere quest'ipotesi un'interpolazione, così noi troviamo anche tutti i testi genuini raffigurare singole cause, presentandole per appendici alla compra-vendita; e in quei soli testi dove si trova un'eco del concetto generico di « iusta causa traditionis » dell'editto giustiniano, essere questa eco dovuta ad un'interpolazione, di cui si vede la chiara origine e ragione.

Le due prime interpolazioni hanno lo scopo evidente di presentare le sentenze relative dei giuristi nient'altro che come conseguenze dell'« ex iusta causa », che era stata interpolata ex novo nell'editto giustiniano. Mentre cioè Ulpiano ammette evidentemente

¹ V. Dernburg *Pand.* I, § 175.

² V. Gradenwitz nella *Zeitschr. der Sav.-Stiftung* VII. e ultimamente Costa, *Papiniano*, I, p. 270 e seg.

la publiciana per la dote per un motivo d'analogia colla compra-vendita, cioè o per l'affinità strettissima tra questa e la aestimatio dotis, o per l'affinità più ampia tra la compra-vendita e la dote anche non stimata a motivo della comune onerosità, per la quale proprio Giuliano parifica in certo modo chi chiede la dote ad un compratore: l. 19, D. 44.7: « ex promissione dotis: non videtur lucrativa causa esse, sed quodammodo creditor aut emptor intelligitur qui dotem petit ¹, » mentre cioè egli estende alla dote per un motivo di analogia l'editto giuliano limitato alla compra-vendita, ai compilatori preme invece dimostrare, ch'egli non fa che applicare letteralmente l'editto giustiniano. Di qui l'interpolazione « est enim iustissima causa ». Per lo stesso motivo, mentre Ulpiano estende l'editto con fatica anche agli acquirenti da cause lucrative, e lo estende solo perchè la fictio usucapionis della formula permetteva l'applicazione della publiciana anche a questo caso, i compilatori alterano la sua idea, facendogli assumere pur questo caso nell'ipotesi di « iusta causa » dell'editto giustiniano. Le parole infatti « est enim iustus possessor et petitor » ecc., in tanto sono un argomento, in quanto non sono che una prolissa descrizione dell'ipotesi di « iusta causa ». Esse sono un modo nuovo d'esprimere che qui pure c'è una « iustissima causa » come nel caso della dote. Giuliano infine dicea semplicemente che quella causa, che varrebbe per usucapire la madre, se non fosse furtiva, vale per usucapire il parto, lasciando intendere che la publiciana, esclusa per quella, è ammessa, qualunque sia la causa dell'usucapione, per questo. Questa sentenza combinata con le precedenti di Ulpiano ci fa vedere donde derivò l'estensione della publiciana

¹ Quando si considera che Ulpiano cita Giuliano nella l. 7, § 1, a proposito della litis aestimatio, torna a citarlo nella l. 7, § 17, nella l. 9, § 4, nella l. 11, §§ 3 e 4, e quando si considera codesta l. 19, D. 44.7 di Giuliano sul rapporto tra la dote e la compra-vendita, credo che niuno dubiterà che il commento tutto d'Ulpiano alla publiciana è fatto sopra quello di Giuliano, e niuno dubiterà che sia una copia di Giuliano la sentenzia ulpiana, che anche per la dote compete la publiciana, e che Giuliano la giustificasse pel motivo indicato nella l. 19, D. 44.7 cit.

oltre il caso della compra-vendita. La giurisprudenza partì da due punti, di cui l'uno finì col prevalere sull'altro. Prima estese la publiciana ai casi affini alla compra-vendita, partendo dalla ipotesi positiva dell'editto publiciano « si quis id quod bona fide emit ».

E l'affinità espressa nelle fonti per la dote stimata, per la non stimata, per la *litis aestimatio*, per l'*adiudicatio* ¹ fu certo poi trovata in tutte le cause onerose, pel concetto Giuliano che c'è simiglianza alla vendita tutte le volte, che chi riceve perde in cambio qualche cosa o soggiace a qualche onere. ² Poi ammise le cause lucrative partendo dall'ipotesi negativa « *nondum usucaptum* », che nella formula diventava positiva di *fictio usucapionis*. L'essere in via d'usucapire diventò cioè anch'esso condizione per potere sperimentare la publiciana. Per questo Giuliano collega all'ipotesi della madre furtiva donata questa sua sentenza sulle cause dell'usucapione. Ma poichè l'editto restava sempre l'antico, i due punti di vista, da cui si estende la publiciana, sono entrambi posti dai classici in luce; ogni caso d'applicazione della publiciana è presentato nella sua origine storica: la compra-vendita come l'ipotesi edittole, le cause onerose come casi analoghi alla compra-vendita, le cause lucrative come fondamento d'usucapione. La sentenza di Giuliano, di cui ora stiamo discorrendo, tolto il « *generaliter* », era evidentemente pronunciata rispetto alle cause lucrative. Ma i compilatori non si lasciarono sfuggire una sentenza simile; trovando collegata la publiciana all'ipotesi della causa *usucapionis*, che è « *iusta causa traditionis* », furono ben contenti con un « *generaliter* » di dare alla sentenza di Giuliano un significato, per il quale essa viene a dire che il campo della publiciana coincide col campo dell'usucapione, e vi appiccicarono poi con un « *igitur* » insensato la proposizione « *ex omnibus causis* (s'intende: *usucapionis*) *Publicianam habeo* », che è una ripetizione mal fatta della « *iusta causa traditionis* » introdotta nell'editto.

¹ Per l'*adiudicatio* v. l. 7 § 13, D. 10.3 — l. 1 c. 3.38.

² Cf. la l. 19 D. 44.7. citata nel testo e l. 10 D. 41.3.

Queste interpolazioni sono così più che un argomento; esse valgono una confessione; valgono per una dichiarazione esplicita dei compilatori, che quelle cause diverse dalla compra-vendita, che la giurisprudenza classica ammetteva per analogia colla compravendita, oppure, mancando l'analogia, solo perchè l'acquirente era in condizione di potere usucapire, essi le hanno confuse in un fascio colla compra-vendita stessa, raccogliendo questa e quelle sotto il concetto generale di *iusta causa traditionis*, e dandoci a intendere poi che quelle cause siano state ammesse, perchè rientrano in questo concetto generale espresso nell'editto.

La « *iusta causa traditionis* » noi la troviamo bensì in relazione alla publiciana presso un classico. La troviamo in Gaio IV, 36: « *datur autem haec actio ei qui ex iusta causa traditam sibi rem nondum usucepit eamque amissa possessione petit* ». La troviamo ancora presso lo stesso Gaio in l. 13 pr. « *Quaecumque sunt iustae causae acquirendarum rerum, si ex his causis nacti res amiserimus, dabitur nobis earum rerum persequendarum gratia haec actio*. » Ma evidentemente Gaio dice che l'azione era data e non già che spettasse pei termini dell'editto. Egli descrive il campo d'applicazione, che la publiciana oramai avea conquistato. Cioè la « *iusta causa traditionis* » appare come il riassunto delle singole cause ammesse e il punto finale dello svolgimento. Ma quando lo svolgimento lo si coglie in azione, quando lo vediamo collegato al suo punto di partenza, proprio la « *iusta causa traditionis* » non compare più presso il classico, e compare solo presso il compilatore che ha interesse, per l'innovazione introdotta nell'editto, a presentare il punto d'arrivo come fosse il punto di partenza.

13. Gaio, l. 8 scrive: « *de pretio vero soluto nihil exprimitur, unde potest coniectura capi quasi nec sententia Praetoris ea sit ut requiratur an solutum sit pretium* ». Gaio commenta qui l'editto o la formula? Le prime parole del testo poteano trovarsi sia nel commento all'editto, che parlasse di compra-vendita, sia nel commento

alla formula, che ne parlava certamente. Ma le ultime parole non possono riferirsi che all'editto. La « *sententia Praetoris* » non si manifesta nella formula inserita nell'albo, formula mutevole e nel nostro caso avente mero valore d'esempio. Essa si manifesta nell'editto. E dunque vuol dire che Gaio si riferisce all'editto, e che l'editto menzionava la compra-vendita e non altre cause.

14. Ulpiano, l. 7 § 14, scrive: « *Publiciana tempus emtionis continet, et ideo neque quod ante emptionem neque quod postea dolo malo factum est in hac actione deduci Pomponio videtur.* » Che significa « *tempus emtionis continet* »? Evidentemente questo: « si riferisce al momento della compera ». Ma questa frase non ha senso alcuno, se non sottintendiamo qualche cosa, per decidere della quale la Publiciana rinvia al tempo della compra-vendita. Questo qualche cosa è la buona fede. Ulpiano dice che pel momento della buona fede la Publiciana si riferisce al tempo della compra-vendita; per questo il dolo anteriore o posteriore alla compra-vendita non viene, secondo Pomponio, in considerazione. Ora la formula di Gaio non nomina la buona fede. Dunque Pomponio non può che riferirsi all'editto, e precisamente a un editto, che parlava esplicitamente di compra-vendita in buona fede e non d'altre cause.

Deve riferirsi ad esso poi anche per questo che altrimenti la sua opinione che basti la b. f. al momento della compra-vendita ¹ non si saprebbe donde derivi. Per l'usucapione ordinaria Sabino e Cassio esigeano la b. f. al momento della tradizione. Egli sabiniano non può segnare codesto momento diverso, se non in causa dell'editto. Evidentemente il suo pensiero si è che, applicando la formula, si tengano pur fermi gli altri requisiti dell'usucapione, ma per la b. f. si guardi a quel solo momento, perchè così l'editto ordina. Giuliano nella l. 7 § 17 ragiona diversamente. Poichè la formula contiene la *fictio usucapionis*, la b. f. deve esistere anzitutto, quando occorre

¹ L'opinione che col « *postea* », Pomponio alluda al momento intermedio fra la compra-vendita e la tradizione non ha evidentemente base alcuna.

in ogni usucapione, ossia al momento della tradizione. Ciò appare dalle sue parole: « quia usucapere non poterit ». Siccome però l'editto nomina la b. f. al momento della compra-vendita, è costretto, senza dire il perchè, ad esigere la b. f. anche a questo momento, presentandola come un requisito in più, imposto dalla legge, estraneo propriamente alle esigenze dell'usucapione. In pratica nell'applicazione della formula le due esigenze però si cumulavano come requisiti dell'usucapione e così nacque la teoria sulla b. f. nell'usucapione da compra-vendita, che vinse presso Giustiniano.

15. Tutto quello, che ho esposto sin qui, parmi più che sufficiente per mettere fuori di discussione che l'editto giuliano era quale io dico. Ma tutto questo sarebbe anche tuttavia insufficiente ad eliminare sia le ipotesi passate, sia le future, finchè non si risolvono e non si spiegano in maniera veramente persuasiva tutte le difficoltà, che contro una tale idea, se non a favore d'altre, presentano le ll. 1, 2, 3, 7 § 11. Si potrebbe al più ammettere una contraddizione fra i risultati, a cui conducono i fatti da me notati e quelli, a cui si arriverebbe partendo da queste leggi. Ma il vero si è che proprio tutti i fenomeni, dirò così, che presentano queste leggi derivano evidentemente dalla sostituzione fatta dai compilatori della *traditio ex iusta causa* all'*emptio bonae fidei* dell'editto giuliano. Questa idea dà una risposta piana, semplice, immediata a tutti i quesiti, che queste leggi presentano, senza che mai si sia costretti a ricorrere a congetture o a mere possibilità; e accettando invece sempre quei risultati, che l'esame delle leggi stesse impone per necessità logica di accettare. Noi vedremo formarsi queste leggi sotto la mano dei compilatori in dipendenza dell'innovazione introdotta. È questo processo di formazione, che passo a descrivere.

L. 1 pr. Ulpiano. « Ait praetor: si quis id quod traditur ». Questa frase non c'è modo, nè verso di giustificarla. Nell'editto di Giustiniano deve per forza significare « ciò che fu consegnato ». Ma in questo senso nessun latino avrebbe scritta quella frase; un latino

avrebbe scritto « traditum est » o, a motivo della parola « petet » successiva, « traditum erit ». Dunque, e su questo punto siamo tutti d'accordo, codesta frase acquista codesto senso di « ciò che fu consegnato » solo nel pensiero dei compilatori. Rimane aperta la questione tra gli scrittori sul come i compilatori possano aver commesso questo errore di sintassi. Qui entra in gioco uno di quei preconcetti, di cui mi occupai nel n. 5 di questo scritto: si presuppone che o questa frase o qualche altra esistesse nell'editto giuliano, della quale questa sia o la copia o la trasformazione. Ed ecco chi dice che « id quod traditur » stava in questo editto nel senso di « cosa suscettibile di tradizione », chi dice che vi stava « id quod mancipatur traditum » o « rem... traditum », chi ritiene vi stesse « traditum » ecc. Sono tutte soluzioni in parte insostenibili, in parte campate in aria, per quanto indubbiamente ingegnose. Il loro difetto è anzi di essere troppo ingegnose. La loro ingegnosità nasconde agli occhi stessi di chi le propone questo fatto, che anzi tutto la spiegazione prossima di codesto errore bisogna cercarla nell'essere chi scrisse il « traditur » greci della decadenza e non latini. I bizantini non hanno più il senso naturale della consecutio temporum, e per questo riesce a loro possibile di non accorgersi che « id quod traditur » nel senso di « ciò che fu consegnato » non va. Questo non si può mettere in discussione. A questo punto si pone la domanda: è più probabile che abbiano commesso l'errore interpolando ex novo « id quod traditur » o riformando un testo latino? E pur qui la risposta non può essere dubbia: la prima cosa è più facile della seconda; riformando un testo latino esatto nella consecutio temporum è più facile che i compilatori mantenessero questa consecutio, che non avendo l'esemplare esatto sotto gli occhi e scrivendo invece di proprio capo. Di più di questo a proposito del « traditur » non si può affermare. Potrei dire che se l'editto dicea « si quis id quod bona fide emit » i compilatori possono aver inteso « emit » come tempo presente e aver mantenuto il presente nel « traditur ». Ma questa sarebbe una congettura, che avrebbe lo stesso valore di tutte le altre

precedenti. Io mi limito a constatare che l'idea che « traditur » sia un'interpolazione nuova spiega l'errore meglio di tutte le precedenti.

16. L. 1 § 2 Ulpiano. « Sed cur traditionis dumtaxat et usucapionis fecit mentionem, cum satis sunt multae iuris partes, quibus dominium quis nancisceretur? ut puta legatum « l. 2, Paolo », vel mortis causa donationes factae: nam amissa possessione competit Publiciana, quia ad exemplum legatorum capiuntur ».

L. 3 Ulpiano. « Sunt et aliae pleraeque ».

Qui si afferma che il pretore nominava la tradizione. Ma qui siamo anche innanzi a dei testi mostruosi. L. 1 § 2 non ha senso comune. Vi si parifica tradizione e usucapione nell'idea che sono due modi di acquistare la proprietà. Ma nell'editto giustiniano questi due modi si presentano con funzione ben diversa: l'usucapione è quel modo che serve a sanare i difetti della tradizione, ed è inevitabilmente l'ipotesi costante. Giusto era chiedere adunque perchè il pretore nomina la tradizione, quando ci sono altre maniere di acquistare il dominio, che possono essere difettose al pari della traditio a non dominio, e che avrebbero bisogno di essere sanate coll'usucapione, ma non era giusto chiedere insieme, perchè nomina l'usucapione, che è il momento costante, e perchè nomina la tradizione, che è il momento mutevole. Ulpiano non può avere scritto questo; Ulpiano non può aver fatto una domanda simile. Questo testo è adunque un'interpolazione, di cui si può vedere forse un ulteriore indizio nella frase finale « ut puta legatum », poichè, com'è noto, l'« ut puta » è frequente nei testi interpolati. Certo si è che ciò che segue conferma questa idea.

Infatti la domanda, che Ulpiano farebbe, rimane sempre senza risposta. La l. 2 si limita a nominare un'altra causa di acquisto del dominio, alla menzione della quale segue un « nam » che potea aver senso nel testo di Paolo, ma che non ne ha alcuno qui. Che la proposizione della stessa legge « quia ad exemplum legatorum capiuntur » sia un'interpolazione è già noto ¹.

¹ V. Carusi, *L'azione publiciana*, p. 149.

La l. 3. dice solo: « sunt et aliae pleraeque » cioè « iur's partes quibus dominium quis nancisceretur ».

Abbiamo adunque in queste tre leggi una domanda assurda, a cui non si risponde, un'esemplificazione di « multae iuris partes » che si riduce a un esempio interpolato, ad un altro preso da Paolo seguito da un « nam » assurdo, e una dichiarazione ulpiana che ci sono molte altre cause, quando proprio di Ulpiano non è citato un esempio solo. Ce n'è d'avanzo per concludere che queste tre leggi sono un raffazzonamento dei compilatori.

Che scopo e che ragione ha questo raffazzonamento? Perchè è riuscito così? La cosa è chiara. Ulpiano non dicea « sed cur traditionis » ma « sed cur emptionis ». Ulpiano parlava così della compera. Avendo i compilatori sostituito alla compra-vendita la tradizione ex iusta causa, furono obbligati, per seguire il costume dei commentatori di commentare ogni termine dell'editto, a dire essi qualche cosa sulla tradizione, a fare un qualche cosa che avesse l'aria di un commento al requisito della tradizione. E al « cur emptionis » sostituirono il « cur traditionis ». Far questo era facile; difficile era sostituire il perchè della menzione della compera, col perchè della menzione della tradizione. Si tolsero d'impaccio, non scrivendo nulla di nulla e lasciando così una domanda senza risposta. Così si ha anche una spiegazione dell'enigmatico esempio del « legatum ». È noto come se ne dedusse che la Publiciana venne accordata anche se non c'era tradizione, nè acquisto del possesso. Quest'opinione si può validamente combattere; ma rimarrà sempre che l'esempio del legato sembra giustificarla e che quindi è molto male citato. Nè veramente lo citava Ulpiano. Questi dicea: perchè il pretore nomina la sola compra-vendita, quando ci sono molte altre cause di tradizione? Una volta sostituita ora dai compilatori a questa domanda l'altra: perchè nomina la tradizione? anche il punto di confronto dovea modificarsi. Non più cioè ad una causa di tradizione se ne opponevano altre pur di tradizione, ma

alla tradizione bisognava opporre un modo d'acquisto diverso, che non importasse consegna della cosa. Ed ecco il legato, ed ecco le *donationes mortis causa*, prese da Paolo, ma alla citazione delle quali si dovette aggiungere *ex novo* « *quia ad exemplum* » etc., ed ecco infine aggiunto il « *sunt et aliae pleraeque* », con cui i compilatori si affrettano a troncare una enumerazione di cause diverse dalla tradizione, di cui in Ulpiano non c'era alcun esempio e che doveano cercar loro, e ch'essi citavano senza avvertire a che interpretazione venivano a prestarsi.

L'affermazione adunque che il pretore fa menzione della tradizione ha un valore nullo per chi crede che nell'editto si parlasse di tradizione. Codesta affermazione pel modo, con cui è fatta, e pel genere del discorso, che la segue, prova invece che di tradizione l'editto non parlava.

17. L. 3, § 1 Ulpiano. *Ait praetor: « ex iusta causa petet ».* *qui igitur iustam causam traditionis habet, utitur Publiciana.*

Non c'è discussione possibile sul punto che « *ex iusta causa petet* » è sbagliato. Qui si connette con « *petet* » la frase « *ex iusta causa* » che sia nell'editto giustiniano, sia in questo stesso testo nelle parole « *qui igitur ecc.* » è connessa con la tradizione. L'errore è spiegato generalmente colla supposizione che i compilatori abbiano ommesso il verbo « *traditum* », che nell'editto giuliano precedeva queste parole. Si domanda; perchè, se esisteva, l'avrebbero ommesso questo verbo? Perchè non poteano citare almeno il proprio editto « *traditur ex iusta causa* »? A queste domande non c'è risposta plausibile; codesta spiegazione è così del tutto gratuita e in sè inverosimile. Supponiamo in vece che l'editto non parlasse di tradizione e quindi neppure di « *iusta causa* » e che la *traditio ex iusta causa* sia tutto un emblema dei compilatori e la cosa si spiega benissimo. I compilatori aveano raffazzonato un commento qualsiasi al termine « *traditur* » precedentemente. Fatto questo, a loro premeva una cosa sola: commentare l'altra parte nuova del loro editto, se-

condo la quale questo valea per tutte le giuste cause della tradizione. Essi non aveano da parlare dunque che della « iusta causa », per esporre il principio generale e per farvi susseguire l'enumerazione delle cause singole. Per questo, omissa il verbo « traditur », citar il quale dopo il commento precedente sarebbe stata una ripetizione a loro avviso superflua, citano la frase, su cui deve cadere il commento e la legano con una nuova parola innocua, non commentata nè commentabile. Così nasce l'« ex iusta causa petet », frase, che si presenta emblematica, perchè non la potea scrivere un classico abituato a citar bene l'editto, e che si presenta tale anche per le parole che vi seguono immediatamente. Perchè chi non vede che le parole « qui igitur iustam causam traditionis habet, utitur Publiciana » sono del tutto superflue dopo un editto come il giustiniano, e sono scusabili solo in bocca a un legislatore, che voleva insistere sulla innovazione introdotta? Chi non vede che l'« igitur » non serve di passaggio a una deduzione, ma ad una tautologia, e per questo si rivela emblematico?

18. Bisogna adunque rassegnarsi a questa cura radicale dei testi in discorso, sia per le prove che abbiamo raccolte precedentemente in favore dell'idea che l'editto non parlasse di traditio ex iusta causa, sia perchè l'idea di un grosso emblema non solo è la spiegazione sufficiente delle anomalie dei nostri testi, ma per gli argomenti desunti da essi è anche la spiegazione necessaria. Del resto i compilatori hanno voluto lasciarci anche il segno evidente del contenuto vero di quella parte del commento ulpiano, che essi omisero qui per sostituirvi il commento proprio.

Torniamo a questa l. 3 § 1. Detto che « qui igitur iustam causam traditionis habet utitur publiciana », la legge prosegue: « et non solum emptori bonae fidei competit Publiciana, sed et aliis ». Come mai compare qui ex abrupto l'« emptor bonae fidei », di cui prima non c'è parola? Come mai questa causa, intorno alla quale si aggirano tutti i testi sulla publiciana, è nominata solo in-

direttamente? Come mai non si nomina solo la causa « *emtionis* » ma proprio l'« *emtio bonae fidei* »? E perchè « *non solum* », se prima non c'è parola, da cui si potesse desumere, che la publiciana competeva solo al compratore? La risposta è semplice. Evidentemente Ulpiano cominciava il suo editto commentando il requisito della compra-vendita. I compilatori sostituirono alla compra-vendita la *traditio ex iusta causa*, e quindi fecero un nuovo commento, riuscito come abbiamo visto, omettendo l'ulpianeo; poi, quando vennero all'enumerazione delle cause della tradizione, ripresero il commento ulpianeo dal punto in cui Ulpiano, finito di parlare della compra-vendita, proseguiva dicendo « *et non solum emptori bonae fidei* » ecc.

19. Così abbiamo finalmente trovato il posto da tanto tempo invano ricercato alle parole dell'editto contenute in l. 7 § 11 « *Ait praetor: qui bona fide emit* ». Esse non sono che la riduzione delle parole dell'editto omesse prima dai compilatori, che qui ricompaiono alterate. I compilatori non poteano più citare « *si quis id quod bona fide emit* », come faceva Ulpiano. Sarebbe stato come confessare che questo era il principio dell'editto e non già « *si quis id quod traditur ex iusta causa* ». D'altro lato Ulpiano connetteva il commento del requisito della buona fede alla citazione dell'editto e ne faceva il commento, perchè la buona fede non era menzionata nella formula. Nell'editto invece di Giustiniano di buona fede non c'è parola. Codesto commento bisognava poi riprodurlo, perchè per Giustiniano non corre usucapione da compra-vendita, se la buona fede non esiste al momento della compra-vendita oltre che in quello della tradizione. Che potean fare quindi i compilatori per potere riprodurre il commento ulpianeo sulla buona fede nella compravendita? Citare il frammento originario dell'editto, mutando il « *si quis id quod* » in « *qui* », perchè rispetto alla buona fede è la persona del compratore che è in gioco. Così essi legarono ai posterì un frammento dell'editto originario, che essi aveano sostituito con un altro. Ecco come si ha nelle nostre fonti un unico esempio di un fram-

mento d'editto, che non si trova nell'editto citato per intero. Quello è l'editto del pretore e questo l'editto di Giustiniano.

Questa spiegazione va contro però a due recenti asserzioni. Fu detto anzi tutto che la frase « qui bona fide emit » non può essere edittale. Il Pretore non poteva scrivere che « emerit » o « emisse dicetur ». Non ho interesse alcuno a contestare questa affermazione pur contestabile ¹. Sia pur « emit » edittalmente scorretto. Questo non è un argomento in ogni caso per negare che l'editto contemplasse il caso di compra-vendita, e che la frase di cui discorriamo, non derivi dall'editto. Codesta forma « emit » la si può spiegare, come fu già notato ², come una modificazione dell'editto fatta da Ulpiano, o da uno scrivano, che lo copiò. Più probabile è che i compilatori, abolita la forma condizionale « si quis id quod », abbiano creduto di modificare « emerit » o « emisse dicetur » in « emit ». Questo adunque non è un ostacolo.

Più grave è l'altra obbiezione. « Bona fide » manca nella formula di Gaio e manca nella sua descrizione « datur autem » ecc. ; dunque non potea essere nell'editto, dove poi « bona fide » è senza esempio. Il brano, che cita Ulpiano, « praetor ait: qui bona fide emit » è una corruzione; Ulpiano citava il brano della formula « emit et is ei traditus est » ³. Chi sostiene questo spiega certo così il silenzio di Gaio sulla buona fede; ma mentre risolve questo problema, non s'avvede, che dà origine ad altri perfettamente insolubili. Se di « bona fides » non c'era parola nell'editto, nè nella formula, perchè nei commenti all'editto si nomina l'emptor bonae fidei, dove non c'è alcuna necessità di qualificare la compra-vendita? Che motivo avrebbe Ulpiano di dire: l. 3 § 1 « et non solum emptori bonae fidei » dal momento che non fa che enumerare le cause della tradizione?

¹ Ermann *art. cit.* p. 233.

² Ermann *o. c. l. c.*

³ Gradenwitz *zwei Bemerkungen zur Publiciana* nella *Zeitschr. der Sav.-Stiftung* vol. XII, p. 136.

Di dire: l. 9 § 4 « si duobus quis separatim vendiderit bona fide ementibus », dal momento che bastava supporre due compratori? Perchè Paolo dovrebbe dire: l. 12 § 1 « idem est et si superficiariam insulam a non domino bona fide emero », dal momento che non è in questione se non l'oggetto dell'acquisto? E perchè ancora Ulpiano direbbe l. 10 D. 41, 3 « si aliena res bona fide empti sit, quaeritur, ut usucapio currat, utrum emptionis initium ut bonam fidem habeat exigimus, an traditionis »? Qui l'ipotesi di « bona fide emptio » è proprio superflua. E donde prenderebbe Nerazio la sua nozione, che la publiciana fu introdotta « ut is, qui bona fide emit, potius rem habeat »? Se questa menzione in tutti questi testi della bonae fidei emptio non deriva dal fatto che l'editto, nell'editto o nella formula, la menzionava, donde deriva? Faremo la ipotesi che sia da per tutto interpolata?

Procediamo. Che ragione avrebbero avuto i compilatori di mutar « emit et is ei traditus est » in « bona fide emit »? Il discorso d'Ulpiano sulla necessità della « bona fides » lo poteano riprodurre ugualmente; bastava scrivessero: « non autem omnis emptio proderit » etc.; così anzi allora avrebbe dovuto scrivere Ulpiano stesso. D'altro lato tornava loro utile copiare l'« is ei traditus est ». Vi si connetteva infatti perfettamente il commento sulla tradizione. Questa modificazione era adunque per la compilazione in parte non necessaria, in parte dannosa.

E perchè Ulpiano avrebbe commentato il requisito della « bona fides » indipendentemente da ogni riguardo alla fictio usucapionis?

Infine abbiamo noi tanta parte dell'editto, da essere autorizzati a dichiarare non edittale una frase, che un testo, come la l. 7 § 11 gli attribuisce, e quando tante prove concorrono a dimostrar che v'era?

Questa spiegazione adunque del silenzio di Gaio sulla bona fides, che consiste nel supporre anche il silenzio dell'editto è insostenibile. La causa del silenzio di Gaio sarà un quesito aperto, ma

non lo risolveremo certo aprendone tanti altri. Noi dobbiamo partire dal fatto certo, che l'editto menzionava la *bonae fidei emptio* per spiegarlo. Ora la spiegazione è prossima.

Il pretore nell'editto si limita ad esporre i due momenti, positivo l'uno, l'altro negativo, che formano le condizioni del suo intervento. Il momento positivo è destinato a giustificare la protezione ch'egli accorda a un non dominus, ed è che sia avvenuto un acquisto in buona fede. Il momento negativo è destinato ad esporre la circostanza, che rende il suo intervento utile, ossia che un'usucapione non sia avvenuta. Non altrimenti intese il « *nondum usucaptum* » Ulpiano; non altrimenti dobbiamo intenderlo noi. Appunto perchè l'usucapione in corso non viene in considerazione come ragione positiva della protezione del pretore, ma solo come condizione perchè questa protezione non sia inutile, non c'era nessuna illogicità a ricordar prima la « *bona fides* », anche qualora fosse già fermo che la *b. f.* dovea esistere agli effetti dell'usucapione al momento della compera.

Nella formula le cose mutano. Qui è addirittura la *fictio* di un'usucapione compiuta, che diventa il presupposto positivo della condanna. Allora si potea fare a meno di nominare l'elemento della *b. f.* all'atto della compera. Sarebbe stato necessario parlarne qualora l'opinione di Sabino e Cassio (l. 10 pr. D. 41. 3) fosse stata comune. Ma tutto dice che comune non fu. Indubbiamente invece il requisito della *b. f.* nella compera nominato a sè nell'editto, si trasformò nell'interpretazione della formula in requisito dell'usucapione, e così vinse presso i veteres e presso la grande maggioranza dei classici i quali unirono poi ad esso il requisito della *b. f.* al momento della tradizione. Fu poi effettivamente codesto elemento omesso nella formula? Si può crederlo, non solo perchè Gaio non lo menziona, non solo perchè sarebbe stato inutile ricordarlo (avverto però che mancando « *eo nomine* », ma dicendosi soltanto « *et is ei traditus est* », si potea anche omettere la menzione della tradi-

zione e dire soltanto: « si quem hominem A. A. emit anno possedisset »; l'ipotesi non sarebbe riuscita più vaga di quel che è; ma perchè non c'è nelle nostre fonti un commento alla « bona fides », che per indizi esteriori si riveli commento all'azione.

Concludiamo adunque: una contraddizione fra la formula di Gaio e l'editto da noi supposto non esiste.

20. Ricostituiamo ora in base ai risultati precedenti l'ordine originario del commento d'Ulpiano.

Ulpiano citava prima l'editto del pretore: « si quis id quod bona fide emit nondum usucaptum petet iudicium dabo. »

* Probabilmente seguiva tosto l'avvertenza riprodotta nei digesti l. 1 § 1. « Merito praetor ait: nondum usucaptum ecc. »

Veniva quindi la citazione delle parole dell'editto « si quis id quod bona fide emit ». Brevemente Ulpiano discorreva del requisito della compera. Poi proseguiva parlando del requisito della bona fides. Quindi continuava « et non solum emptori bonae fidei ». Enumerava le altre cause. Finiva con quelle avvertenze generali che troviamo in l. 7 §§ 8-9 ¹.

I compilatori dovettero invertire l'ordine a motivo della loro innovazione. Cominciarono citando l'editto nuovo. Continuarono copiando la ragione data da Ulpiano della frase « nondum usucaptum ». Poi, invece di citar subito le prime parole dell'editto giuliano e il discorso sull'emptio, si misero a parlare ex novo della tradizione e della iusta causa. La menzione della iusta causa li obbligò a metter subito qui l'ultima parte del commento ulpiano, dove questi parlava dell'estensione della publiciana ad altre cause diverse dalla compravendita, e questa parte la copiarono tutta sino alla fine, cioè sino a l. 7 §§ 8-9 ². Poi furono costretti a rifarsi da

¹ Il § 10 è fuori di posto; esso stava nella prima parte del commento.

² Coincide il fatto che anche nelle Inst. 4, 6, § 4, scritto dai compilatori, si parla subito delle cause della tradizione come nei Digesti, dandone esempi: « namque si cui ex iusta causa res aliqua tradita fuerit, veluti ex causa emptionis aut donationis aut dotis aut legatorum „

capo, e a metter quindi come ultima la prima parte del commento ulpiano cioè quella sul requisito della compera in buona fede.

Ecco come spontaneamente colla semplice idea di un'inversione delle parti del commento si risolve non solo la questione sul « *prae-tor ait: qui bona fide emit* » ma anche l'altra del come possa essere avvenuto che in l. 7 §§ 8-9, troviamo quelle avvertenze generali, colle quali finiscono i commenti all'editto, mentre invece qui il commento poi continua.

Ulpiano passava poi a commentare l'azione. Il commento alle prime parole di questa: « *si quem hominem A. Agerius emit* » o non esisteva o in ogni caso i compilatori lo omisero, perchè non poteva che essere una ripetizione di ciò che era stato detto nel commento all'editto a proposito delle parole di questo « *si quis id quod bona fide emit* ». Il commento non cominciava o non diceva cose nuove che a proposito delle parole successive dell'azione « *et is ei traditus est* ». Questo commento lo abbiamo nella l. 9 e nella l. 11 pr. In questa stessa legge troviamo riprodotto con omissioni, alterazioni e interpolazioni, di cui in questo articolo non è il caso di discorrere, il commento anche alla *fictio usucapionis*, che forma il resto del contenuto esclusivo dell'*actio publiciana*.

21. Non ci resta che a parlare della frase « *a non domino* » dell'editto giustiniano. Anche per questa operò il preconetto che dovesse avere la sua origine nell'editto giuliano. È un'interpolazione, si dice, ma è provocata da un « *dominus* » o un « *non dominus* » che c'era in questo editto. Il discorso fatto sin qui dimostra abbastanza che anche essa è una nuova interpolazione ¹ non provocata, aggiungo, da altro che dall'aver Giustiniano sostituito all'*emptio* la *traditio ex iusta causa*. Una volta che l'imperatore volle porre come ipotesi per la concessione della *publiciana* che avesse avuto luogo la *traditio ex iusta causa*, egli si credette ob-

¹ V. un forte argomento per l'idea che « *dominus* », nel senso di proprietario di una cosa qualsiasi non possa essere editale in Gradenwitz, *ar. ci.*, p. 134.

bligato a dire anche quell'unica causa, per la quale la tradizione ex iusta causa potea riuscire inefficace a trasferire il dominio e per la quale diveniva quindi necessario il soccorso della publiciana, cioè che il tradente non fosse dominus della cosa tradita. Così egli riusciva anche a separare nettamente la sua publiciana dall'antica, che, non menzionandovisi un dominus, nè un non dominus, serviva sia per la proprietà bonitaria, che per la possessio b. f.

Noi abbiamo del resto un indizio sicuro del fatto che nell'editto giuliano la parola « dominus » non c'era ed è questo, che la frase « a non domino » nel nostro titolo non è commentata. Pure è chiaro che se nell'editto originario la parola « dominus » c'era, un qualche commento sarebbe esistito; i giuristi avrebbero parlato dei condomini, degli enfiteuti e superficiari, dell'usufruttuario anche con grande probabilità, avrebbero parlato di un procuratore che trada a nome del dominus ecc. Nè i compilatori avrebbero certo ommesso, coi relativi adattamenti, questo commento. Invece il commento non c'è. Si parla bensì nella l. 12 §§ 2, 3, degli agri vettigali e degli edifizii superficiari, ma in relazione solo all'usucapibilità delle cose, non in relazione alla legittimazione del tradente. E del procuratore si parla solo nella l. 14, ma per fare l'ipotesi particolare di un procuratore che trada dopo aver venduto per volontà del dominus.

Perciò il Lenel fu costretto a cercare tracce di un commento alla parola dominus fuori del nostro titolo. Così credette di trovarla in l. 72 D. 6, 1, ma la questione, se chi ricevette da un proprietario un fondo perda di fronte a chi lo ricevette prima dalla stessa persona, mentre non era dominus, poteva essere posta benissimo anche nel caso che l'editto suonasse come noi diciamo, perchè anche questo dava origine al quesito qui trattato, se un possessore di b. f. publiciano la vinca contro un proprietario bonitario, che abbia avuto poi la cosa mancipi dalla stessa persona, per essere entrambi nei termini dell'editto. Quanto alle altre ll. 1 D. 1. 19 — 5. D. 49. 14 — 10 D. 27. 10, esse avrebbero l'aria di un commento, se vi si studiasse

quando la publiciana del proprietario bonitario non è accordata, perchè la tradizione non fu fatta da un dominus; invece vi si dice che certe persone non possono trasferire il dominio; il che vuol dire che vi si determinano semplicemente dei casi in cui, per non essere avvenuta la trasmissione del dominio, soccorre il rimedio della publiciana. E ciò era opportuno solo col nostro editto. Questi testi sono adunque inconcludenti.

La frase « a non domino » ricompare qua e là nei nostri testi, ma in luoghi e condizioni, dove evidentemente è interpolata; così in l. 9 § 4, della quale ho parlato; così ancora in l. 15 e in l. 12 § 3. di Paolo: « idem est et si superficiariam insulam a non domino bona fide emerò. » Nel qual testo il parlare di « non dominus » è un errore, perchè il superficiario tradente è un « non dominus » in doppio senso, prima, perchè è superficiario, poi perchè il diritto di superficie si presuppone che non gli competa. I compilatori interpolarono la frase « a non domino » in questo secondo senso, senza badare che in questo caso non la si doveva scrivere, a motivo appunto del fatto che il superficiario è sempre un « non dominus » nel primo senso.

Genuino è « non dominus » in l. 7 § 11: « proinde hoc sufficit me bonae fidei emptorem fuisse, quamvis non a domino emerim, licet ille callido consilio vendiderit ». Donde appare che l'editto giuliano, che parlava di compra-vendita in buona fede, presupponeva la compera da un dominus, come primo e principale caso di compera in buona fede, ma appare anche che lo stesso editto valeva anche per l'acquisto da un non dominus se la buona fede esisteva. Dunque l'editto non parlava di « dominus » nè di « non dominus »; parlava di acquisto in buona fede, che era sempre tale, se si faceva da un « dominus »; poteva esser tale se si faceva da un « non dominus ».

22. Come mai ora Giustiniano modificò l'editto giuliano e in questa forma? La spiegazione è molto prossima.

Un antico editto accordava un'azione di rivendicazione pel caso di compra-vendita in buona fede di una cosa non ancora usucapita. La giurisprudenza pregiuliana estende il campo d'applicazione dell'editto ai casi affini alla compravendita, poi a tutte le cause onerose di tradizione, poi alle lucrative. Al tempo di Giuliano questa estensione era probabilmente già avvenuta. Ciò non impedì però a Giuliano di riprodurre tale e quale l'editto antico. Che ragione avea di mutarlo, dal momento che l'editto antico era perfetto nell'indicazione della fattispecie, menzionando la causa, la buona fede che doveva accompagnare la causa, l'esigenza che un'usucapione fosse cominciata e l'altra che non fosse compiuta? E dal momento ancora che la giurisprudenza avea già esteso l'editto a tanti altri casi, dal momento cioè che era *ius receptum* la larga applicazione della publiciana? Fedele al sistema di conservare il più che era possibile dell'antico editto ¹, egli riproduce quindi l'editto antico, che avea anche il pregio di riuscire omogeneo colla formula dell'azione. Giustiniano invece, pel quale la formula dell'azione non conta più nulla, trovando un editto, che formalmente si adattava a un solo caso, mentre in sostanza si adattava a molti, crede ben fatto di modificare la formula dell'editto in modo tale che in essa rimanga descritto tutto il largo campo d'applicazione divenuto proprio della publiciana. Ciò è nel genere della sua attività la quale è di legislatore e non di ordinatore. A tal fine egli non ha da inventare una formula. Questa è già in quello scrittore, che andava per tutte le scuole d'oriente, il cui libro i compilatori avevan usato come materia prima e principale delle loro istituzioni, cioè Gaio IV, 36. La formula dell'editto giustiniano non è infatti altro che la riduzione in forma edittale delle parole di Gaio:

« *Datur autem haec actio ei qui ex iusta causa traditam sibi rem nondum usucepit eamque amissa possessione petit.* »

¹ È noto che l'attività di Giuliano rispetto all'editto si ridusse a mutazioni di disposizione e un po' di forma, ma non di sostanza. Un solo editto conosciamo sostanzialmente da lui mutato.

Dell'editto giuliano Giustiniano ritenne le frasi: « si quis id quod », « nondun usucaptum », « petet », « iudicium dabo ». Ma in questa forma edittale versò la « traditio ex iusta causa » di Gaio, il quale è veramente il solo scrittore antico, di cui ci sia conservata sia qui che in l. 13 pr. D. h. t. una formulazione generale dei casi in cui « si dava » (datur, dabitur) cioè si concedeva, malgrado che l'editto fosse ristretto alla compra-vendita, la nostra azione. Giustiniano aggiunse di suo solo « a non domino », perchè aboliti i casi di proprietà bonitaria, e menzionata la « traditio ex iusta causa », l'interpolazione era nel primo rispetto opportuna, nel secondo quasi necessaria, a voler esser chiari, a non voler esigere che l'inefficacia della tradizione per codesto motivo risultasse solo dal « nondam usucaptum ».

23. Questo studio è compiuto. Io non ho voluto che ricostruire l'editto publiciano e in proposito null'altro mi resta a dire. Eccede il compito di questo scritto ogni ricerca che riguardi la teoria della Publiciana nel diritto classico e giustiniano. Una sola cosa mi preme di constatare, ossia che in questa lunga indagine noi non abbiamo sentito una volta sola il bisogno di spiegare alcun fenomeno delle nostre fonti coll'idea di un duplice editto. Quei fatti, che ho esposti al n. 3 e che stanno per l'unità dell'editto, conservano così tutto il loro valore, aumentato dall'altro fatto che i fenomeni delle nostre fonti si riconducono, come a loro causa, all'esistenza di un unico editto classico e di un'unica formula, aventi il contenuto suesposto, e all'interpolazione giustiniana. Che anche un unico editto potesse bastare per la proprietà bonitaria e per la possessio b. f., ritengo sia cosa dimostrata.

Parma, 7 febbraio 1894.

SILVIO PEROZZI.

APPUNTI

SULLA DOTTRINA ROMANA DELLA NEGOTIORUM GESTIO

(con speciale riferimento al libro del prof. Pacchioni)

1. L'arduo argomento della *negotiorum gestio* fu in questi ultimi anni coltivato con amore dalla scuola italiana. Il *Trattato dell'amministrazione degli affari altrui* del prof. Cogliolo è notevole per la concezione organica e robusta, ricco di buone osservazioni e non privo di qualche pagina potente; il lavoro incompleto dell'Atzeri, benchè poco fortunato nei conati originali, contiene pure delle critiche ben fatte, delle avvertenze opportune e, in genere, si distingue per una certa sagacia di apprezzamenti; quello finalmente del Pacchioni è una buona ed esauriente trattazione, che dimostra vigoria intellettuale e grande attitudine alle ricerche dommatiche nel suo autore. È specialmente su quest'ultimo libro, che noi intendiamo di soffermarci, traendone pure occasione per esporre alcune idee nostre rispetto a tale istituto giuridico.

2. Il lavoro del Pacchioni è anzitutto dommatico. Precede invero una « storia delle azioni *negotiorum gestorum*; » ma questa storia è relativamente brevissima (forse più breve di quello che in alcuni punti per la pienezza della dimostrazione sarebbe stato necessario) e già in essa si delineano chiaramente i concetti dommatici fondamentali dell'autore. Secondo il P. la così detta *actio negotiorum gestorum directa* è di origine civile; invece la « *contraria* » è stata in-

trodotta più tardi dal pretore. Veramente il pretore avrebbe solo riconosciuto il prodotto della consuetudine e della giurisprudenza e perciò la formula sarebbe apparsa addirittura *in ius concepta*. L'Editto relativo è largamente concepito, sì da comprendere e l'una e l'altra. Prima di questo definitivo riconoscimento, il pretore poteva concedere, ove le circostanze paressero esigerlo, un'*actio in factum* e a tali concessioni isolate riferisce il P. la frase sulpiciana (fr. 20 h. t.) « *aequum esse praetorem in eum [dominum negotii] reddere iudicium.* » Argomenti precipui per tale ricostruzione storica sono l'esistenza di un Editto *de negotiis gestis*, il notissimo silenzio della *Topica* circa il *contrarium iudicium*, lo stesso fr. 20 testè riferito, l'introduzione dell'*actio funeraria*, che accenna esservi stato un tempo, in cui l'editto non dava in genere azione al gestore. La difforme origine storica dei due rimedi è dal P. messa a fondamento del concetto dommatico relativo. Egli esclude, che vi sia per entrambi identità di requisiti, che sieno entrambi correlative conseguenze della medesima figura giuridica. Le espressioni di « *actio directa* » e « *contraria* » appartengono ai compilatori; i classici non hanno mai considerato in tal guisa il rapporto dei due rimedi. Questi sono indipendenti; sorgono ex re, pel concorso di determinate circostanze.

3. Nelle accennate conseguenze il P. si è incontrato, senza saperlo (com'egli stesso ci dice nella nota posta in fine all'*Errata-corrige*) con quanto aveva scritto il Karlowa (röm. R. G. I., pag. 463, sg.). Se non che il Karlowa, pur ritenendo la così detta azione contraria di origine edittale, ammetteva che in origine essa fosse concepita *in factum* e che solo più tardi subentrasse la formulazione *in ius*. Ciò a me par molto probabile, poichè, se realmente, come crede il P., il pretore avesse creato l'Editto *de n. g.*, quando già la consuetudine e la giurisprudenza avevano riconosciuto nel dominus negotii un'obbligazione di diritto civile, l'Editto stesso sarebbe stato pienamente superfluo e anzi contraddittorio, se pel giudice v'era

un « oportere, » a che mai diceva il pretore « iudicium dabo? » — Che poi l'azione in factum siasi col volgere del tempo mutata *in ius*, non è così strano, nè così insolito, come da taluni tuttora si dice; in un nostro studio di prossima pubblicazione relativo al « Commodo » diamo larghe prove di tale transito e ci sia ora lecito rimandare ad esso i lettori. Qui poi (come pel *contrarium tutelae iudicium*) l'attrazione del giudizio diretto e *in ius conceptum* dovette presto decidere il transito stesso e tale riflessione spiega benissimo perchè nel periodo classico traccie di una *formula in factum* non sussistano. L'Editto stesso sembra a me pure posteriore all'altro sull'*actio funeraria*; ma non deve ritenersi molto recente, esso ha anzi i caratteri stilistici degli editti più antichi. Il fr. 20 non prova che Servio non lo conoscesse ancora; poichè, come ora ha ben visto lo stesso Karlowa (*röm. R. G.* II, 2 p. 670), la sua espressione si spiega benissimo pensando che i *gestores* nella ipotesi di quel passo erano *in captivitate hostium*, quando hanno amministrato l'affare.¹ Circa poi al contenuto dell'Editto, il Karlowa ha pensato, che non si riferisse che al rimedio dal pretore introdotto e cioè al *contrarium iudicium*; nel I° volume (p. 467) ritiene, che l'attuale lezione di esso si debba ai compilatori; l'originaria dicitura sarebbe stata: « iudicium *ei* (gestori) eo nomine dabo; » nel II° invece (p. 670) è d'avviso che tale significato abbia senz'altro il testo editto, quale ora si legge: « si quis negotia gesserit, iudicium eo nomine dabo. »

La concessione non può riferirsi che al subbietto della frase precedente, cioè al gestore; se il pretore avesse voluto riferirsi al domino, avrebbe detto: « si cuius negotia gesta fuerint; » se ad entrambi, avrebbe detto « ei et in eum iudicium dabo. » Si potrebbe apparentemente opporre al K. l'Editto sul commodato: « quod quis

¹ Il silenzio poi della *Topica* 17, 66 si spiegherebbe egregiamente, ritenendo che al tempo di Cicerone il *contrarium iudicium* fosse *in factum*: così non avrebbe potuto comprendersi fra gli *iud. bonae fidei*, di cui egli discorre.

commodasse dicetur, de eo iudicium dabo. » Ma questa obiezione si può dissipare, quando si ammetta, come io ho cercato di provare nel già citato studio, che l'Editto in origine non si riferisse che all'actio in factum del commodante (directa). Le ragioni che più mi persuadono ad accogliere tali idee, sono, oltre l'analogia generale dei *contraria iudicia*, la cui posteriore origine in confronto dei *directa*, si può oggidì considerare come certa, quelle che si deducono dalla storia del *contrarium tutelae iudicium*. L'azione di tutela fu certamente concessa *ab antiquo* dal diritto civile al pupillo contro il tutore; essa ci appare come un rimedio iuris civilis antichissimo, della cui efficacia la memoria è costante. Non così può dirsi del *contrarium iudicium*. « Contrariam tutelae actionem praetor proposuit induxitque in usum, ut facilius tutores ad administrationem accederent scientes pupillum quoque sibi obligatum fore ex sua administratione. » [Ulp. fr. 1 pr. D. 27, 4]. Tali parole ritiene il Gradenwitz interpolate [*Interpol.*, p. 116]; ma in realtà senza gravi motivi. Soprattutto egli vorrebbe eliminare la dicitura « *contraria actio*, » che secondo lui è straniera ai classici. Ora a me sembra risultare dalle sue stesse ricerche, che la frase più corretta è bensì *contrarium iudicium*; ma che negli ultimi classici tanto rigore di espressione non è più osservato. Anche al Lenel la tesi di Gradenwitz sembra dubbia (*Paling.* II, 671). Del resto una notizia così precisa, quale questa di essere stato un rimedio « proposto e introdotto nell'uso » dal pretore, non poteva evidentemente essere inventata dai compilatori. Ora questo fatto è molto notevole. Esso prova che per un tempo il tutore obbligato ad agire, ad amministrare, a rendere conto della sua amministrazione non aveva un rimedio diretto pel ricupero delle spese fatte e doveva contentarsi di far valere un compenso, ove fosse possibile, convenuto nell'*arbitrium tutelae*. Può quindi ben più facilmente credersi, che in tale condizione fosse il « curator, » la cui posizione giuridica è stata più tardi nettamente determinata e in genere il gestore, che affatto sponta-

neamente si fosse ingerito negli affari altrui. Sarebbe stato pure strano, che avessero un *iudicium contrarium* (neg. gest.) il curatore e il protutore ¹ e non l'avesse il tutore. Nè va negletto il modo con cui Ulpiano giustifica l'introduzione del *contrarium iudicium tutelae*; esso è affatto simile a quello, con cui egli stesso giustifica l'Editto *de negotiis gestis*, cui giova pertanto ritenere stabilito a beneficio del gestore.

fr. 1 pr. D. 27, 4: etenim provocandi fuerunt tutores, ut promptius de suo aliquid pro pupillo impendant, dum sciunt se recepturos id quod impenderint.

fr. 1 D. 3, 5 (Ulp.) hoc edictum necessarium est, quoniam magna utilitas absentium versatur, ne indefensi rerum possessionem aut venditionem patiantur etc.

Come si vede là, scopo dell'introduzione è l'utilità del pupillo, qui, l'utilità del dominus negotii.

Merita pure di essere considerata la parafrasi, che Gajo nel suo commentario ci porge dell'*Edictum de negotiis gestis*:

« Si quis absentis (così fr. 2, D. 3, 5) negotia gesserit, licet ignorantis, tamen quidquid utiliter in rem eius impenderit vel etiam ipse se in re absentis alicui obligaverit habeat eo nomine actionem. » Le ultime parole son proprio la spiegazione delle edittali: « eo nomine iudicium dabo. »

4. Che in origine l'Editto considerasse il caso di colui, che si assumesse l'amministrazione di *tutti* gli affari altrui, è pel modo con cui esso si esprime altamente probabile. Anche il *procurator* tipico è quello *omnium bonorum*. Del resto l'applicazione dell'Editto a chi pur gerisse un affare singolo non dovette tardare sicuramente. In parecchi autori, fra cui nel Cogliolo, è sorta l'idea che *ab initio* il duplice giudizio neg. gest. si riferisse al caso della *defensio* pro-

¹ Circa al fr. 1, § 1 e 2 (cf. Gradenwitz 1, c. p. 117. Lenel *Paling.* l. c., Alibrandi, *Bull. dell'Is. di d. r.* II p. 157). — Cfr. il fr. 5. D. 27, 5 coll'avvertenza che Ulpiano nel libro X trattava de negotiis gestis.

cessuale senza mandato; argomento sarebbe, oltre che un preteso (ma tutt'altro che vero, come basta a provare un esame dei testi ciceroniani) significato primitivo della parola *negotium*, il modo con cui nel fr. 1, h. t. si esprime Ulpiano: « hoc edictum necessarium est, quoniam magna utilitas absentium versatur, ne INDEFENSI rerum possessionem aut venditionem patientur etc. » Bisogna però avvertire, che Ulpiano stesso continua con altri esempi, che non si rapportano alla defensio; che del resto quello da lui addotto in principio è certamente molto opportuno per mostrare la necessità dell'Editto. Richiamerò piuttosto l'attenzione sul fr. 30, D. 26, 7: « tutoris PRAECIPUUM est officium, ne INDEFENSUM pupillum relinquat; » se questo è precipuo ufficio del tutore, ben può essere precipua ragione per intromettersi negli affari altrui, senza che così si legittimi veruna ipotesi di precedenza storica.

5. A mio avviso le due azioni neg. gest. sono state già dai classici considerate come *due iudicia*, uno diretto e uno contrario affatto analoghi a quelli scaturienti dalla tutela e dal mandato. Affermando questo, io mi trovo davanti a difficoltà esegetiche e dottrinarie accumulate ingegnosamente da' miei predecessori nell'ardua trattazione.

Il Cogliolo [vol. I, p. 57, sg.] ha addotto una serie di prove contro quell'opinione, che è tuttora la dominante, e il Pacchioni [pag. 35, sg.] vi sottoscrive. Tali prove a me sembra di potere dirimere; verrò dopo a giustificare la communis opinio. Dire che nel nostro Editto non è, come in altri, rilevata la prevalenza di una delle parti (cui spetterebbe il *iudicium directum*) è dire cosa, che per chi accetti le nostre precedenti considerazioni sul carattere dell'Editto de n. g. non ha senso. Infatti l'Editto non si rapporta che al gestore e al contrarium iudicium. Si dice che in § 1, Inst. 3, 27 ¹⁾ le espressioni *actio directa et contraria* sono dei compilatori,

¹ Cf. già Gradenwitz, p. 113.

come prova il fr. 2, h. t., da cui il citato § 1 è preso. Ma prima di tutto ricorderò che la fonte del § 1 non deve ritenersi il fr. 2, che è notevolmente diverso, ma sì, come del resto in tutta questa materia, le *res cottidianae* di Gajo (cfr. le mie *Fonti delle Ist.* ad h. §); nè v'ha ragione urgente per credere che nelle Istituzioni non siasi riprodotto un brano ommesso nelle Pandette; tutt'al più si ammetterà facilmente che « *actio directa* » e « *contraria* » sieno frasi sostituite, come altrove, a *iudicium directum* e *contrarium*. Tutto ciò ha del resto pochissima importanza, risultando chiarissimo dal fr. 5 *de O. et A.* (44,7), dove vi ha il rimanente del brano qui utilizzato dai compilatori, che Gajo concepiva il rapporto intercedente fra due iudicia n. g. come affatto identico all'altro intercedente fra' due *iudicia* scaturienti dal mandato.

Un altro argomento s'è voluto ricavare dal fr. 20 (19) h. t. di Ulpiano.

sin autem apud hostes constitutus decessit et successori et adversus successorum eius negotiorum gestorum directa et contraria competit.

Ora questa legge (su cui nulla osservano nè il Gradenwitz nè il Lenel) è stata da parecchi, p. e. dal Wlassak, dal Dankwardt, dal Cogliolo ritenuta per interpolata. Ma se mai, i dubbi cadono sulle prime parole « *apud hostes constitutus* », che paiono aggiunte dai compilatori per mettere questa legge in rapporto colla precedente. E tolte appunto queste parole, che in realtà ben sembrano convenire ai bizantini (*constitutus*!), il testo nulla offre di anormale; Ulpiano in qualche punto della trattazione avrà ripetuto la osservazione della trasmissibilità ereditaria (cf. fr. 3 § 7), attribuendola esplicitamente a entrambe le azioni.

Non mancano poi testi chiarissimi dello stesso Ulpiano, che si oppongono recisamente a tali conati esegetici. Il Cogliolo e il Pachioni citano solo il fr. 7 § 2 h. t.:

si quocumque modo ratio compensationis habita non est a iudice, potest *contrario iudicio* agi.

Il Cogliolo cerca sfuggire alla forza probante del testo, dicendo che qui *contrarium iudicium* non è detto in senso tecnico; il giurista, secondo lui, vuol dire solamente che « non c'è contro il gestore la cosa giudicata ed egli può intentare un nuovo e contrario giudizio ». Il Pacchioni accetta senz'altro questa spiegazione, di cui pare soddisfatto.

È inutile che io ne mostri l'intrinseca insufficienza, quando vi sono due altri passi dello stesso libro X di Ulpiano *ad edictum* (stranamente sfuggiti ai due scrittori), il cui confronto è perentorio. L'uno è il fr. 37 D. 22, 1:

Et in CONTRARIA NEGOTIORUM GESTORUM actione usurae veniunt, etc.

L'altro è il fr. 5 D. 27, 5:

Ei qui pro tutore negotia gessit CONTRARIUM IUDICIUM (scil. negotiorum gestorum)-competit.

Dalla *negotiorum gestio* scaturisce dunque un'azione diretta e la contraria; il che fa appunto ritenere che unica sia la base di entrambe. Non è con ciò che io voglia risuscitare la dottrina del quasi-contratto, ma bensì io voglio rivendicare la parte di vero che in essa si nasconde. E con ciò incominciamo appunto l'esame dommatico.

6. Secondo il Pacchioni le obbligazioni hanno la causa loro o nel contratto o *ex re*. Nell'ampia sfera delle obbligazioni nascenti *ex re* entrano oltre quelle sorgenti dalle pretese figure del quasi delitto e del quasi contratto, le obbligazioni *ex delicto* e le obbligazioni che *ope iuris* scaturiscono da una determinata condizione di cose. Io non discuto se così sia obbiettivamente colto il vero; ma certo non è così riprodotta la dottrina romana. L'antica scienza del diritto aveva delineato due precipue cause delle obbligazioni: il contratto e il delitto e questo insegnamento è ancora conservato nelle Istituzioni di Gajo. Se noi pensiamo che per *contractus* l'antica giurisprudenza intendeva ad un dipresso quello che

noi diremmo *atto giuridico*, noi capiremo il senso profondo di questa distinzione. La principale genesi delle obbligazioni si riferisce alla volontà umana; e questa o mira a scopi dal diritto riconosciuti e protetti (*contractus*) e allora l'obbligazione tende alla loro attuazione ¹ o mira a scopi illeciti e contrari all'ordine giuridico (*delictum*) e allora l'obbligazione tende a impedirne l'attuazione, a reprimere la volontà perversa, a toglierne gli effetti dannosi. E invero la massima parte delle obbligazioni riconosciute dal diritto antico erano comprese in queste due categorie; esulavano pochissime nascenti *ope iuris* senza concorso della volontà umana, sulle quali l'attenzione dei giuristi non si era sufficientemente soffermata. Ma l'insegnamento tradizionale si trovò a disagio, quando la parola *contractus* si venne restringendo nel suo significato tecnico alle convenzioni obbligatorie e noi vediamo chiarissime le tracce di queste sopraggiunte difficoltà nelle citate Istituzioni di Gajo. In conformità ai suoi antichi modelli Gajo pone ancora fra' *contratti reali* il pagamento dell'indebito e solo sul finire dell'esposizione si arresta e avverte che in realtà la *solutio indebiti* non risponde al concetto di « *contractus* », quale si era venuto fissando. Nelle sue *res cottidianae* Gajo cerca di correggere la classificazione tradizionale e al contratto (ormai da intendersi *stricto sensu*) e al delitto aggiunge (con poca profondità) le *variae causarum figurae*. Nell'esposizione delle quali egli non seppe guardarsi dal rilevare vere o supposte somiglianze con obbligazioni contrattuali o delittuose, dando così occasione alla storta dottrina de' quasi-contratti e de' quasi-delitti. In realtà sarebbe stato meglio sostituire a *contractus* una parola corrispondente al suo antico significato e conservare così l'antica e buona classificazione, solo aggiungendo che v'ha una terza categoria di obbligazioni, che scaturiscono *ope legis*, senza il concorso di volontà umana conforme o difforme. In questa terza categoria vanno poste alcune

¹ S'intende in quanto tale scopo si raggiunga per mezzo di obbligazione e così i escludono gli atti giuridici non producenti vincolo obbligatorio.

obbligazioni che si sogliono ascrivere alle quasi-contrattuali (comune) o alle quasi-delittuose (*de effusis et deiectis*)¹. Se però noi non troviamo esplicita questa classificazione in alcun testo romano, ben troviamo che i giuristi classici procedono con queste idee fondamentali. Ancora Paolo chiama *CONTRACTUS* la *negotiorum gestio* precisamente là, dove tutto pende dall'esame della volontà del gestore; fr. 16 (15) h. t.:

Non multa negotia sunt, sed *UNUS CONTRACTUS* . . . hoc enim casu si nova voluntate aliud quoque adgredi coeperit, *ALIUS CONTRACTUS* est.

Qui è risuscitata l'antica accezione della parola *contractus* per accennare, che l'obbligazione ex n. g. appartiene alla stessa grande categoria, cui appartengono le contrattuali in senso stretto: sono obbligazioni che devono l'origine loro alla volontà umana diretta a fini tutelati e riconosciuti dal diritto (cf. Ulp. in fr. 23 D. 50, 17).

Il fondamento dell'obbligazione sta nel *gerere scienter pro alio*: da questo atto giuridico pendono i due *iudicia negotiorum gestorum*: esso è il fondamento identico di entrambi.

A ben diverse conclusioni arriva l'ingegnoso lavoro dell'egregio Pacchioni. Anzi nella sua massima parte è diretto a dimostrare il contrario. Io riconosco ben volentieri il prezioso contributo che durante la strada arreca allo studio dei problemi nostri, ma nel risultato finale non posso convenire con lui. Mi sia quindi lecito di esporre brevemente i suoi concetti fondamentali e di opporvi i miei argomenti.

¹ Le altre così dette obbligazioni quasi-contrattuali si rannodano a quelle nascenti da negozio giuridico e le così dette quasi-delittuose a quelle nascenti ex delicto (in senso civile). Si avverta bene che vi ha una grande differenza fra il dominus negotii che resta obbligato dall'atto del gestore e l'*habitor* che resta obbligato dall'atto del *deiciens*. Nel primo caso l'obbligazione del domino non è che la tutela giuridica dei fini propostisi dal gestore. Questo anche contro lo Hofmann *Entstehungsgr. der Obl.*, p. 56 sg. Non si richiede in alcuna maniera che l'obbligazione sorgente da un atto giuridico si riferisca all'autore della dichiarazione di volontà; si pensi, p. e., all'obbligazione nascente da legato etc.

7. Il Pacchioni piglia le mosse dal concetto di quasi-contratto; egli critica acutamente e felicemente e il concetto in sè stesso e la sua applicazione alla *negotiorum gestio*. Le sue critiche però non varrebbero (almeno quelle più efficaci) contro la costruzione di un'obbligazione nascente dall'atto giuridico della gestione. Qui non si ammette verun incrocio di volontà, nè reale nè presunto; qui tutte le specifiche conseguenze che si deducono dal quasi-contratto considerato come un' imagine, un' imitazione del contratto non hanno luogo. Tuttavia il Pacchioni nella parte negativa va oltre e fondandosi, siccome ho già avvertito, anche sui risultati della sua ricerca storica, nega addirittura che la *gestio* in sè stessa sia mai considerata nelle fonti come istituto giuridico; sostiene che le due azioni hanno requisiti affatto diversi e che non sono già esse che discendano dalla preesistente figura della *gestio*, ma che al contrario in tanto si parli di *negotiorum gestio*, in quanto esistono due azioni *negotiorum gestorum*. Requisito della c. d. azione diretta è semplicemente l'alienità del negozio gerito; requisiti della c. d. azione contraria sono inoltre l'*animus negotia aliena gerendi* e l'*utiliter gestum*. Talchè un'azione può sorgere e non l'altra: cosa che il Pacchioni ritiene impossibile ovunque i due rimedi si riconducano alla stessa figura giuridica fondamentale. Poichè ben potrà darsi in questi ultimi casi che una parte non abbia l'interesse sufficiente per esperire l'azione sua contro l'altra; ma non già che, competendo all'una l'azione, venga meno all'altra per la deficienza del fondamento giuridico.

8. Ma che le fonti non considerino la *gestio* come un istituto giuridico proprio, è smentito appunto dal fr. 15 h. t. che ho già citato, dove essa è qualificata come *contractus* e considerata in rapporto all'intenzione che l'anima e agli scopi che l'agente si propone. Nè l'esame dei requisiti particolari delle due azioni prova che non esista un unico fondamento di entrambe. Io spero di dimostrare più avanti che la differenza dei requisiti delle due azioni non è sì

grande, come pare all'egregio Pacchioni; che anzi la base oggettiva di entrambe è la medesima e che, se talora una sorge e l'altra no, ciò dipende dal fatto che o manca l'interesse o l'interesse medesimo è per qualche ragione particolare indegno di tutela. Questo fenomeno si ha in tutti i casi, in cui coesistono due *iudicia*, il *directum* e il *contrarium*.

fr. 41 D. 17, 1 (Gajo): potest et ab una dumtaxat parte mandati iudicium dari; nam si is qui mandatum suscepit, egressus fuerit mandatum, ipsi quidem mandati iudicium non competit; et ei qui mandaverit adversus eum competit.

Qui è ammesso il *iudicium directum* ed escluso il *contrarium*, non perchè manchi al mandatario l'interesse (tutt'altro!) ma perchè questo interesse è indegno di tutela giuridica, in seguito all'esorbitanza dai confini dell'incarico ricevuto. Anche l'interesse del gestore può essere indegno di siffatta tutela, perchè, p. e., nell'agire non abbia tenuto conto della *utilitas* del domino o abbia anche trasgredito il suo divieto; ma ciò non toglie che il fondamento dell'azione contraria sia quella medesima *gestio*, su cui si fonda la diretta: fr. 5 pr. D. 44, 7. È contrario alla buona fede che taluno pretenda il rimborso di spese fatte oltrepassando i limiti dell'incarico, come è contrario che uno pretenda il rimborso di spese fatte senza tener conto della *utilitas* del domino. Si aggiunge poi che precisamente l'*utilitas* è il requisito generale in tutte le azioni, con cui chi ha gerito per altri domanda risarcimento; così il mandante ha azione contro il mandatario che ha gerito contro l'*utilitas*, ma il mandatario non può ripetere che le spese fatte *utiliter* (*utiliter* si intende con speciale relazione alle viste del mandante). Così Ulpiano, dopo aver detto nel fr. 3 § 2 *de in rem verso* 15, 3: « regulariter dicimus toties de in rem verso esse actionem, quibus casibus *procurator mandati vel qui negotia gessit negotiorum gestorum haberet actionem* », al § 4 soggiunge: « sed si mutua pecunia accepta domum dominicam exornavit tectoriis et quibusdam aliis, quae magis ad

voluptatem pertinent quam ad utilitatem, non videtur verum, *quia nec procurator hoc imputaret* ». In modo affatto analogo compare l'*utilitas* nel contrarium iudicium tutelae. Cf. fr. 1 § 6 D. 27, 4: quodcumque gessit PRO UTILITATE pupilli; id contrario iudicio consequetur.

E fr. 3 pr. *ibid.*:

iudex igitur, qui contrario iudicio cognoscit, *utilitatem pupilli spectabit* et an tutor ex officio sumptus fecerit.

Niuno certamente sosterrà che i giudizi contrari di mandato e di tutela riposino sopra un diverso fondamento da quello dei relativi giudizi diretti, per la ragione che solo ne' primi viene in considerazione l'*utilitas* dell'affare amministrato. Tale considerazione appartiene al diritto nella sua applicazione, non al diritto in *thesi*. Ora le stesse ragioni confortano a non scindere l'unità fondamentale dei due iudicia negotiorum gestorum, pel fatto, che solo in uno di essi l'*utiliter gestum* viene preteso.

^{8 bis} Tutti ora sanno come nel diritto posteriore nel campo di questi due giudizi sieno spuntati i due *iudicia utilia curationis* foggianti sul tipo dei due *iudicia tutelae*, il *contrarium iudicium protutelae*, etc. Tutta questa fioritura presuppone che già prima si avesse il concetto della gestio, come figura giuridica per sè stante, fondamento unico dei due rimedi giuridici correlativi.

9. Invece avrebbe una grande giustificazione la combattuta dottrina, se, come il Pacchioni sostiene [*Rend. Ist. Lomb.* XXIV, 507-547 *Reg. gestio* p. 376-426. *Bull. Ist. di dir. rom.* III, 42 sgg.], il requisito dell'*animus aliena negotia gerendi* fosse proprio della sola azione contraria, In tal caso infatti non si potrebbe ricostruire in alcuna guisa l'*atto giuridico* fondamentale a entrambe comune. L'atto giuridico presuppone una determinata volontà diretta ai fini, che il diritto tutela: non dico ai *fini giuridici*, ma a que' fini empirici, economici, sociali a cui si riferiscono i rimedi ammessi dal diritto. La volontà pertanto animatrice dell'atto giuridico, donde sgorgano

azioni dirette a tutelare gli interessi del terzo dominus negotii e a fare da costui tenere indenne il gerente, non può essere che la *volontà di gerire un affare altrui*: se non addirittura la volontà di colui, che « aliena negotia eo animo gerit, ut aliquem sibi obliget » [fr. 29 pr. D. 10, 3], almeno quella di chi *alienum negotium gesturus accedit*. — Se ciò non si ammette, non resta che la disperata conclusione del Pacchioni di negare l'unità di fondamento delle due obbligazioni e di fare scaturire ex re almeno quella del gestore.

Quanto tutto ciò per altro contrasterebbe all'indole della *gestio*, quale abbiamo sopra delineato, e al vincolo strettissimo che i romani hanno sempre visto fra i due rimedi e alle analogie cui essi invocano sempre, non è necessario che io dichiaro con molte parole. Ora aggiungerò che la dottrina accettata dal P. mi pare scossa da alcuni testi, mentre non scuotono la nostra i testi che in contrario vengono addotti. Ed è appunto tempo che veniamo all'esame dei testi. Comincerò dai favorevoli.

a) fr. 22 § 10 D. 17, 1 (Paul. 32 *ad ed.*):

Si curator bonorum venditionem quidem fecerit, pecuniam autem creditoribus non solverit, Trebatius Ofilius Labeo responderunt his qui, praesentes fuerunt, competere adversus eum mandati actionem: his autem, qui absentes fuerunt, negotiorum gestorum actionem esse. Atquin, si praesentium mandatum exsecutus id egit, negotiorum gestorum actio absentibus non est, *nisi forte adversus eos qui mandaverunt curatori*, tanquam si negotium absentium gesserint, quodsi, *cum soli creditores se esse existimarent*, id mandaverint, in factum actio absentibus danda est in eos qui mandaverint.

Occorre avvertire che « curator » qui è certo interpolato per *magister*. Il *curator* non può fare la *venditio bonorum*; egli non ha che la sorveglianza e tutt'al più può *distrathere bona*¹, se nominato all'uopo. Inoltre il *curator* è sempre nominato del magistrato e

¹ Nè ciò pe' tempi di Ofilio e Trebazio!

quindi non può mai essere convenuto dai creditori coll'*actio mandati*; mentre il magister è eletto dai creditori medesimi e riceve da costoro l'incarico.— Avvertirò ancora che con « Atquin » ripiglia il discorso Paolo; sicchè nelle parole consecutive non devesi scorgere con alcuni moderni scrittori una reliquia dell'antica giurisprudenza.

Il testo distingue fra il caso, in cui i creditori presenti *sapevano* esservene degli altri assenti, e il caso, in cui ciò ignoravano; nel primo caso essi possono essere tenuti coll'*actio negotiorum gestorum*, non nel secondo. In questo caso si provvede con un'azione *in factum*. Da questo frammento si deduce quindi — e a mio avviso giustamente, — che anco per l'*actio neg. gest. directa* occorre la volontà di gerire l'affare di un altro; volontà che vi è solo, quando si ha la scienza di questa alienità del negozio.

Il Pacchioni cerca ingegnosamente di sottrarsi all'evidenza del testo. Il creditore, dice egli, che promuove l'esecuzione sui beni dell'insolvente, gerisce un affare proprio, come esercita un diritto proprio; si comprende quindi come non possa considerarsi in tale atto come gestore di altri creditori, di cui ignora l'esistenza. Se però un creditore conosce l'esistenza di altri e promuove la *bonorum venditio*, anche a nome loro, il negozio è *subbiettivamente alieno* e sorge l'*actio negotiorum gestorum* (directa). Talchè qui non si tratterebbe già di distinguere fra volontà di gerire pro alio e mancanza di tale volontà; ma piuttosto di distinguere fra *negotium suum* o *negotium alienum*.

È però facile vedere, come così s'intrude nel testo una circostanza gravissima, di cui esso non solo tace, ma, a ben vedere, esclude la possibilità. Si dice che i creditori presenti abbiano promosso la venditio *anche a nome degli assenti*. Dov'è pure un cenno di tutto questo? E, anzi, perchè allora si distinguerebbe fra *scientes* e non *scientes*? Perchè si direbbe « *tanquam* si alienum negotium gessissent? » Tale frase vuol dire che il loro contegno s'interpreta nel senso che vogliano gerire l'affare altrui; ma siffatta interpreta-

zione sarebbe superflua, se essi dichiarassero apertamente di voler gerire per altri: dichiarazione che v'ha sempre nel *negotium subbiettivamente alienum*.

Una siffatta interpretazione è pur strana da parte del Pacchioni, il quale sa benissimo che il fatto di non poter tutelare l'interesse proprio senza tutelare anche l'altrui, che vi è inscindibilmente connesso, non basta a togliere che vi sia tanto un *negotium meum*, quanto un *alienum*, benchè intimamente compenetrati. Il Pacchioni arriva anzi più in là, ch'io non sono disposto ad arrivare; ammette cioè un concorso elettivo fra l'azione *negotiorum gestorum* e le azioni divisorie. Se questo fosse vero, quanto più l'azione dovrebbe essere concessa nel caso nostro, per cui non esiste neppure altro rimedio giuridico! Eppure l'alienità del negozio obbiettiva (alienità, che vi ha certamente, dal momento che i creditori presenti, sappiano o no, operano *in rem*) non basta per Paolo a dar vita all'azione diretta; occorre di più la *scientia*; data la quale, l'elemento subbiettivo si configura.

10. Per coloro poi, i quali, come io, non fossero disposti a riconoscere un concorso fra la nostra azione e le divisorie, il passo si spiega pure facilmente. Dalle fonti, com'è notissimo, discende la teoria che il comunista che ha speso a comune profitto ripete colla azione divisoria quelle spese, che necessariamente ha dovuto fare per tutelare il proprio interesse; invece è rimandato all'azione *negotiorum gestorum* per ripetere quelle spese che ha fatto nel comune interesse, mentre avrebbe pur senza di quelle potuto tutelare il proprio. Così p. e. chi ha dato *in solidum* *garantia damni infecti* per lo stabile comune; mentre a tutelare l'interesse proprio sarebbe bastato, che desse cauzione *pro sua parte*; « *ceterum communi dividundo iudicio non alias locus erit, ut et Papinianus scribit, nisi id demum gessit, sine quo partem suam recte administrare non potuit; alioquin, si potuit, habet negotiorum gestorum actionem eaque tenetur* » fr. 9 § 2 D. 10, 3. — La ragione di questa profonda regola,

che di solito rimane incompresa, è, a mio avviso, sicuramente quella, che se io necessariamente opero a profitto di comunisti, quando tutelo il mio interesse individuale, il vantaggio perviene ad essi come conseguenza del rapporto di comunione; è quindi naturale che i conguagli si devolvano all'azione dalla comunione stessa scendente. Se invece io spendo pur per gli altri, mentre potrei non farlo senza danno dell'interesse mio, allora il vantaggio non perviene ai comunisti per effetto della comunione; l'azione divisoria non corrisponde più alla natura del rapporto e, mancando questa, si ricorre all'*actio negotiorum gestorum*. Questa esula nel primo caso, non perchè materialmente non ne sussistano i requisiti, ma perchè essendovi un altro rimedio, essa, come sussidiaria, vien meno. — Se però nella prima ipotesi qualche particolare ostacolo vi fosse per ottenere il conguaglio nell'azione divisoria, essa viene senz'altro concessa. Così nell'esempio, in cui uno dei comunisti difenda « *causam communis aquae* » [fr. 31 § 7 h. t.] o faccia una spesa « *in viam* » a più persone pertinente *per eundem locum*: quae enim communio iuris separatim intellegi potest? [fr. 19 § 2 D. 10, 3] ¹). — Lo stesso ragionamento deve farsi a proposito di quell'azione generale in factum, con cui il pretore riassume i rapporti reciproci dei concreditori *missi in possessionem* e degli altri, il cui interesse è direttamente connesso; per tali effetti precisamente i giuristi romani paragonano questo rimedio pretorio alle azioni divisorie. Cf. il fr. 9 § 4 D. 42, 5

generaliter enim dicendum est, quidquid impendit in rem, si modo sine dolo malo impendit, repetere eum posse, NAM NEGOTIORUM NON MAGIS POTEST, quam si socius commune edificium fulsit, quia hic quoque creditor commune, non alienum negotium gessisse videtur.

¹ Si avverta che la c. 18 § 1 C. 3, 36 non accenna in alcun modo ad un concorso elettivo, come vuole il P. p. 356. Dice solo che le spese si possono ottenere o coll'azione divisoria o coll'azione degli affari geriti: il che è certamente verissimo, tutto dipende dalla natura di tali spese. Anche la c. 3 C. 2, 19 non accenna a un concorso elettivo; se il iud. fam. occ. non è più esperibile, le parti son rinviate alla azione degli affari geriti.

Le ultime parole vanno intese con discernimento. L'essere *commune* il *negotium* non esclude, anzi implica che sia anche *alienum*. I giuristi romani lo sanno troppo bene. Ma qui Ulpiano vuol dire che non viene in considerazione il fatto che si è gerito un affare alieno di fronte al fatto che si è gerito un *affare comune*, il quale è per ciò spesso compreso nel rimedio introdotto dal pretore. I requisiti di un'azione sussidiaria cedono di fronte a quelli di un'altra azione che sia concessa per un determinato fatto. Perciò Paolo scrive egregiamente (fr. 14 § 1 *ibid*), che « datur in factum actio adversus eum et omne, quod IN ACTIONEM NEGOTIORUM GESTORUM VENIRET, SI POSSET AGI, restituendum a creditore ». L'azione neg. gest. è esclusa dalla presenza di un'altra appositamente promessa nell'Editto; in quest'altra si devolve il suo contenuto.

Ma quando i creditori presenti eleggono il *magister* non fanno certo alcun atto, cui corrisponda uno speciale rimedio edittale ¹. Se essi hanno dagli assenti mandato, di mandato risponderanno; se eleggono il *magister* senza tale incarico, ma conoscendo l'esistenza degli altri creditori, risponderanno coll'azione dei negozii geriti. Se anche quella scienza vien meno, il magistrato potrà provvedere con un'apposita formulazione *in factum*, che nulla ha che vedere col generale rimedio nell'Editto proposto.

11. b) fr. 18 § 2 D. 3, 5

si libero homini, qui mihi bona fide serviebat, mandem ut aliquid agat, non fore cum eo mandati actionem Labeo ait, quia non libera voluntate exsequitur rem sibi mandatam, sed quasi ex necessitate servili: erit igitur negotiorum gestorum actio, quia et *gerendi negotii mei habuit affectionem* et is fuit, quem obligare possem.

Anzitutto si avverta che l'opinione di agire *ex necessitate servili* non impedisce che sorga l'atto giuridico, poichè non occorre

¹ Si legga il contenuto del fr. 9 pr. D. 42, 5.

all'essenza di questo che le parti ne preveggano le *giuridiche* conseguenze: « plerumque enim accidit, ut extra id quod ageretur tacita obligatio nascatur ». Del resto Celso e Pomponio ammettono che il liber homo bona fide serviens risulti obbligato *ex commodato* o anche *ex mandato* (almeno nel senso che il preteso domino possa cum eo praescriptis verbis experiri): cf. fr. 13 § 2 D. 13, 6.

Si comprende però come si fosse riluttanti a concedere l'azione di mandato. Labeone non sa trovar di meglio che l'azione degli affari geriti; Celso, il quale scrive dopo che la sua scuola ha sviluppato e perfezionato il tipo dell'*agere praescriptis verbis*, si attiene naturalmente a questo. La ragione di quella riluttanza stava in ciò, che l'intenzione pratica del mandatario dev'essere quella di accettare spontaneamente un incarico, non di ubbidire ad un comando, come avviene a chi agisce ex necessitate servili. Labeone però, non trovando gli estremi del mandato, trova quelli della *negotiorum gestio*, per cui altro non si esige che l'intenzione di gestire un affare alieno. Tale intenzione al presunto servo non manca; l'*affectio gerendi negotii mei* non è nè più nè meno di questa: cf. fr. 6 § 5 h. t.

12. Si suole arrecare una serie di testi per provare, che l'intenzione di gestire affari altrui non sia requisito dell'azione diretta. È anzitutto inutile, che noi esaminiamo alcuni passi, quali la c. 5 C. 3, 32, la c. 1 C. 4, 51, la c. 1 C. 4, 52, tra cui non si nomina la nostra azione e neppure è verosimile che ad essa si accenni. Piuttosto fermiamo l'attenzione nostra sui seguenti:

a) fr. 5 § 5 D. *h. t.*: sed et si quis negotia mea gessit *non mei contemplatione, sed sui lucri causa*, Labeo scribit suum eum potius quam meum negotium gessisse: qui enim depraedandi causa accedit suo lucro, non meo commodo studet, sed nihilominus, immo magis, et is tenebitur negotiorum gestorum actione.

Si noti, che tutto quanto il fr. 5 costituisce un gravissimo argomento a confutazione della teoria avversaria. In questo fram-

mento vengono discusse varie questioni attinenti all'*animus* del gerente e ciò in ordine ad entrambe le azioni. Il che difficilmente si spiegherebbe, se davvero per l'una di esse l'*animus* fosse stato superfluo o indifferente. Si fa il caso del gestore, che a torto crede esistente un mandato di gerire; del gestore che crede di Tizio il negozio pertinente a Sempronio; di chi gerisce affari del pupillo con speciale riguardo al tutore; di chi a torto crede alieno l'affare proprio o comune; del gestore che si stima servo del *dominus negotii*, mentre è libero; di chi gerisce i negotia del *bona fide serviens* con riferimento al presunto domino; si fanno inoltre varii quesiti circa l'eventuale influenza della *contemplatio personae*. Ma neppure si contempla l'ipotesi di una gestione coll'*animus negotia propria gerendi*; tanto questa figura è evidentemente impossibile! Si trova invece opportuno di avvertire che nulla sorge, quando taluno gerisce l'affare proprio nell'erronea credenza che sia alieno: il solo fatto che si pone il quesito prova come si era soliti ad esaminare anzitutto l'animo di chi geriva.

Il § 5, di cui ci occupiamo, è il solo relativo ad un affare gerito nell'interesse proprio; ma, avvertasi bene, qui pure il gestore vuol trattare un affare altrui. Intende trattarlo in modo più conforme al proprio interesse, che non a quello del principale: « *negotia mea gessit — sui lucris causa* ». Che tuttavia abbia a nascere l'azione di gestione (diretta), potrebbe a tutta prima mettersi in dubbio sembrando tale egoismo del gestore contraddittorio ai fini, per cui la figura della « gestio » è accolta nel diritto; ma non è difficile lo scorgere che la decisione affermativa è nel vero. In tutto il campo degli atti giuridici è riconosciuto, che alla volontà *per se stessa* non contraria alle esigenze del diritto (quale è *per se* la volontà di gerire un affare alieno) possono congiungersi delle intenzioni riprovevoli; queste intenzioni aggravano la responsabilità dello agente, ma non tolgono che l'atto giuridico e sussista ed espliciti le sue conseguenze. Ed appunto a quell'aggravarsi della responsabilità allude

il giurista, dicendo: IMMO MAGIS *et is tenebitur*. — L'analisi acuta dei giuristi romani arriva a discernere nell'atto stesso, nella stessa manifestazione di volontà, gli elementi di un contratto e quelli di un delitto. Si cfr. il fr. 14 D. 13, 6:

si servus rem meam tibi, scienti me nolle tibi commodari, commodaverit et commodati et furti nascitur actio.

La volontà di ottenere in uso la cosa altrui è per sè valida e concorre a far sorgere l'obbligazione di comodato; la volontà di ottenere tale uso, nonostante la contraria disposizione del domino, è illecita e concorre a far sorgere il furto.

Per la medesima ragione è tenuto *ex commodato* chi presta dolosamente un oggetto vizioso (fr. 18 § 3 D. 13, 6) allo scopo di far danno al commodatario. Il *commodato*, come la *gestio*, è riconosciuto come per sè diretto al beneficio altrui; ma se la volontà di nuocere si vale, come mezzo, della forma del comodato, questo sorge tuttavia e la sottile analisi del giurista discerne l'intenzione di commodare da quella di nuocere, che nel subbietto si compenetrano. Parimenti dicasi del caso, in cui uno per lucrare a danno altrui, assume l'amministrazione degli affari di questo.

È poi necessario di considerare come lo stesso § 5, che dà l'actio directa contro l'egoista gestore, concede a quest'ultimo il *contrarium iudicium*, « si circa res meas aliquid impenderit ». Come mai dunque il testo può essere fatto valere contro la nostra teoria da coloro, i quali, come il Pacchioni, esigono pel *contrarium iudicium* l'animus aliena negotia gerendi? So bene, che essi dicono che qui non si tratta più di azione di affari geriti, ma di una *condictio*. Ma tale esegesi è molto arbitraria. Il testo dice che il gestore *tenebitur negotiorum gestorum actione* e soggiunge: « s'egli però ha fatto spese intorno alle cose mie, avrà l'azione contro di me non per la totalità della spesa, ma per l'arricchimento da me conseguito, essendosi accinto a gerire con perversa intenzione ». Chi può credere che il giurista parli di altra azione fuorchè della *contraria*

negotiorum gestorum? Tanto più che in tutto il frammento si esaminano le influenze dell'*animus* sull'una e sull'altra azione e dal discorso sulla diretta si procede a quello sulla contraria. Niun argomento poi dee derivarsi dal fatto che l'azione è concessa limitatamente all'arricchimento, poichè ciò è in più altri casi (cf. p. e. il pr. del frammento); ciò dipende dal principio, che la *bona fides*, che anima l'azione, non concede di tener conto oltre tali limiti di spese fatte contro l'interesse del principale. È questione di diritto nella sua applicazione, non di diritto *in thesi*.

13. b) fr. ult. h. t.

si rem quam servus venditus surripuisset a me venditore, emptor vendiderit eaque in rerum natura esse desierit, de pretio *negotiorum gestorum actio* danda sit, ut dari deberet, si negotium quod tuum esse existimares, quum esset meum, gessisses.

Questo frammento offre subito a chi voglia assumerlo come si trova una notevole difficoltà. Perchè non si concede l'azione che nella ipotesi che la cosa venduta sia perita? — A così grave quesito non parmi acconcia la risposta del Pacchioni, che « l'accenno al perimento della cosa può spiegarsi naturalmente, pensando che appunto nel caso di perenzione della cosa più interessante era il decidere se competesse l'azione » [n. g. p. 168]. Infatti, più interessante sarebbe anzi stato il problema nel caso contrario per la difficoltà che allora si avrebbe avuta di conciliare opportunamente i varii rimedii giuridici. Inoltre si avverta che non siamo davanti nè a un responso nè ad un rescritto, i quali presuppongono le concrete circostanze di un fatto; siamo davanti ad una *quaestio*, dove il problema si pone secondo le esigenze teoretiche. Bisogna confessare lealmente, che se l'inciso « eaque in rerum natura esse desierit » accennasse ad una circostanza teoricamente superflua, sarebbe strano ed inesplicabile. E se non è tale circostanza superflua, come si concilia la sua necessità colla natura dell'azione degli affari geriti?

Si avverta che il nostro fr. 48 è strettamente annesso col fr. 30

pr. D. 19, 1, tolto pure dall'ottavo libro delle *questioni* di Africano. Il nesso fu visto anche dal Lenel, che infatti (*Pal.* I 27) riunì i due passi sotto il num. 95. Dove però io divergo dal Lenel, si è in questo, che egli pone i frammenti sotto la rubrica *de emptione et venditione*, mentre io non so staccarli dal fr. 4 D. 12, 7 e vorrei quindi riunirli in una trattazione sulle *condictiones*. Il § 1 del fr. 30 è verosimilmente tolto da altra parte del libro. — Il fr. 30 pr. cit., la cui connessione col fr. 48 non può del resto negarsi, fa l'ipotesi del servo venduto che sottragga prima della mancipazione dei danari al venditore; questi danari son quindi in buona fede consumati dal compratore e il giurista concede al primo contro il secondo una *condictio* « quasi res mea ad te sine causa pervenerit ».

Ora tale connessione merita di essere meditata. Perchè, se l'azione del fr. 48 fosse pure una *condictio* rivolta al *rei pretium* e basata sul medesimo fondamento giuridico, non solo si spiegherebbe egregiamente il fatto che il vero obbietto è costituito dal solo « pretium », ma si spiegherebbe ottimamente l'esigenza che la cosa sia perita, giacchè solo quando vien meno la *rei vindicatio* può sorgere la *condictio*. Qui di usucapione non si discorre, trattandosi di cosa furtiva.

La decisione poi va ad ogni modo confrontata col fr. 23 D. 12, 1 preso dal 2° libro delle stesse *quaestiones* africane: « Si eum servum, qui tibi legatus sit, quasi mihi legatum possederim et vendiderim, mortuo eo, posse te mihi pretium condicere Julianus ait, quasi ex re tua locupletior factus sim ».

Si noti bene l'identica contenenza delle due fattispecie. Nell'una e nell'altra un possessore di buona fede. Circostanza questa per la *condictio* necessaria, giacchè altrimenti sarebbe eliminata dalla *vindicatio* perpetuantesi contro chi dolo desiit possidere. Nell'una e nell'altra alienazione della cosa in buona fede posseduta susseguita da perimento della cosa stessa, nell'uno e nell'altro obbietto esclusivo della persecuzione è il *pretium*. Come mai qui Afri-

cano avrebbe indicata la *condictio* nel fr. 23, nel fr. 48 l'*actio negotiorum gestorum*?

Il Pacchioni pensa col Donello che il fr. 23 alluda ad una *condictio* certi ex regotio gesto. L'azione neg. gest., secondo il P., non sarebbe fissata nel suo oggetto finchè la cosa sussiste o non è usucapita; perita od usucapita la cosa, il contenuto di essa, per un giusto riguardo alla condizione del possessore di buona fede, si riduce alla persecuzione del *pretium*. Trattandosi di conseguire un *certum*, il dominus negotis può valersi di una *condictio*.

Contro tale ingegnosa spiegazione del valente romanista io potrei ricordare i recentissimi studii del Pernice sulle *condictiones*, che troppo non si accordano coi suoi risultati (*Parerga* IV). Ma, prescindendo da essi, io avvertirò due cose gravissime. La prima si è che Giuliano nel fr. 23 adduce il fondamento della *condictio* e questo è riposto nell'indebito arricchimento « quasi ex re tua locupletior factus sim ». La seconda è che con tale esegesi il fr. 48 diventa più che mai inesplicabile. Secondo il Pacchioni, l'azione neg. gest. sarebbe specialmente importante prima del perimento della cosa, quando non è dato « condicere certum ». E come mai allora il fr. 48 stesso mette la condizione « eaque in rerum natura esse desierit »? Poi, perchè mai lo stesso Africano, che, illustrando analoghe fattispecie nello stesso libro e secondo ogni presumibilità a poche righe di distanza invoca la *condictio*, qui non ne fa cenno alcuno? È poi lecito supporre un fondamento giuridico diverso per la decisione del fr. 48 e quella finale del fr. 30 pr?

Gli stessi innegabili rapporti fra' vari passi della medesima opera africana stanno però anche contro quegli scrittori, i quali ritengono avere Africano nel fr. 48 sbagliato il nome dell'azione. Africano sapeva benissimo quello che si diceva e se le parole *negotiorum gestorum* ora ripugnano invincibilmente e alla sostanza della decisione e alle altre decisioni dello stesso autore e ad altri chiari frammenti, la conseguenza è una sola, semplice e sicura: *quelle parole non furono scritte da Africano*.

Si provi a leggere senza di esse il passo :

Si rem, quam servus venditus subripuisset a me venditore emptor vendiderit eaque in rerum natura esse desierit, de pretio actio danda mihi *sit*, ut dari deberet, si negotium quod tuum esse existimares, cum esset meum, gessisses.

Non solo il passo corre così lucido e senza intoppi, ma si spiega benissimo come quelle parole siensi potute intrudere. L'intrusione è forse anteriore ai compilatori, che potevano trovare già guasto il frammento. Il giurista osservava con molta ragione, che contro chi gerisce gli affari miei credendoli suoi e in tale amministrazione con profitto suo o spende i miei denari o aliena le cose mie, che poi periscono, in quanto i denari o le cose siengli pervenuti senza giusta causa (come nel precedente esempio, di cui si ha ora una generalizzazione), sarà data a me una *condictio*. Ora la menzione del *negotium gerere* fece credere a qualche poco valido interprete che si trattasse di un'azione degli affari geriti, donde venne il glossema, che determinò la collocazione del fr. 48 sotto la rubrica *de negotiis gestis*, mentre in Africano avea tutt'altra sede! — Ma ben altro è il fatto che uno s'immischi nei miei affari e quello, che li amministri coi requisiti occorrenti perchè nasca la figura tecnica della *gestio* colle azioni correlative!

Credo conveniente spiegare qui anche il resto del frammento per togliere ogni malinteso:

Sicut ex contrario in me tibi daretur, si cum hereditatem quae ad me pertinet tuam putares, res tuas proprias legatas solvisses, quandoque de ea solutione liberarer.

Nel modo stesso che chi gerisce come propri affari altrui può incorrere in una *condictio* per le cose, di cui (dato il concorso delle opportune circostanze) ha fatto perdere il dominio al suo titolare, così per contrario chi gerendo come suo un affare mio perde senza rimedio e con mio profitto la proprietà delle cose sue, può valersi di un *condictio* contro di me. Un simile esempio cerca Africano

di costruire. Africano escogita l'ipotesi di uno, che si crede erede, mentre erede sono io, e in tale opinione paga dei legati di *res certae* a lui pertinenti lasciati dal testatore nel tipo della *damnatio*, la quale esclude la *condictio* indebiti. Il pagamento è valido; la proprietà è perduta pel presunto erede e a tutto profitto dell'erede vero, che è liberato dall'onere di quei legati. Qui pure una *condictio* fondata sui medesimi principii ha luogo.

Le parole « quandoque — — liberarer » alludono appunto (e ciò ha visto anche il Pacchioni, il quale crede però si tratti di un *actio n. g. contraria*, che gli dà non piccola noia) all'ipotesi di un legato per dannazione, se pure non vuolsi credere, come insinua il cattivo latino, che si tratti di una insipida sostituzione dei compilatori all'esplicita menzione che di tal tipo faceva l'antico giureconsulto.

13 ^{bis} Dalle cose finora ragionate appare come noi non possiamo seguire l'egregio Pacchioni nella esegesi ch'egli porge del difficile fr. 12 § 1 D. 20, 5: si aliena res pignori data fuerit et creditor eam vendiderit. videamus, an pretium quod percepit venditor liberet debitorem personali actione pecuniae creditae. Quod vere responderetur, si ea lege vendidit, ne evictionis nomine obligaretur, quia ex contractu et qualiquali obligatione a debitore interposita, certe ex occasione eius redactum id pretium aequius proficeret debitori, quam creditoris lucro cederet. sed quantum quidem ad creditorem, debitor liberatur; quantum vero ad dominum rei, si necdum pignus evictum est vel ad emptorem post evictionem ipse debitor utili actione tenetur, ne ex aliena iactura lucrum sibi adquirat.

L'*utilis actio* sarebbe per il P. (p. 159 sgg.) l'*utilis aº. neg. gest* (directa): data *utiliter* perchè il debitore non ha gerito personalmente l'affare, ma ha dato solo occasione al creditore di gerirlo, costituendo la cosa in pegno. —

Ma le inverosimiglianze si accumulano. Come potrebbe qui

utilis actio intendersi senz'altro un adattamento dell'azione degli affari geriti? Poi se chi in realtà ha gerito è il creditore alienante, perchè l'azione non si dà contro di lui, che potrebbe sempre rivadersi a sua volta? ¹) E ancora: se si può, pur con molto sforzo, trovare un'immagine di gestione in chi ipoteca la cosa altrui in confronto del domino di essa, come mai si può trovarla di fronte al compratore, al quale la *stessa* azione è pur concessa dopo l'evizione? A me, insomma, pare tuttaquanta impossibile tale esegesi, L' *utilis actio* a mio avviso non è che l'azione personale (quella infatti di cui sopra parla Trifonino e a cui è ovvio supporre che continui a riferirsi) già spettante al creditore pignoratizio e ora data o al dominus o all'emptor con scambio di subbietti per entro la formula, quasi per una finta cessione. Ed è infatti il contenuto di tale azione che rappresenta l'arricchimento obbiettivamente indebito del pignorante. Prima che la scuola papiniana avesse esteso l'uso di tale rimedio (che come è noto si deve ad essa precipuamente), si sarà avuto ricorso a una *condictio* basata senza altro sull'arricchimento e affatto analoga a quello nel fr. 48 concessa all'erede presunto contro l'erede vero.

14. Rispetto all'azione contraria ho invece la soddisfazione di trovarmi in accordo col Pacchioni e di vedere le mie convinzioni avvalorate dalla sua autorità. Egli dirime argutamente i testi che che si citano per eliminare pure in essa il requisito dell'*animus aliena negotia gerendi*. Ma in quanto al fr. 48, io oso sperare di avere anche più radicalmente distrutta l'obbiezione. Notevoli difficoltà offre il fr. 50, § 1 de H. P. 5, 3 (Pap. VI *quaest.*):

Si defuncto monumentum condicionis implendae gratia bonae fidei possessor fecerit, potest dici... eum, cui aufertur hereditas, impensas ratione doli exceptione aut retenturum aut actione negotiorum gestorum repetiturum, veluti hereditari negotio gesto, quamvis

¹ E cioè la sua liberazione si terrebbe in sospeso fino ad estinzione dell'azione del creditore; cf. lo stesso passo di Trifonino più avanti.

enim stricto iure nulla teneantur actione heredes ad monumentum faciendum, tamen principali vel pontificali auctoritate compelluntur ad obsequium supremae voluntatis.

Secondo il P. (p. 398 sgg.) Papiniano accorda al b. f. possessor un'azione di arricchimento, che è chiamata neg. gest. « per la circostanza che il suo contenuto economico è identico a quello di un actio n. g. contraria ». Si prescinde dal resto dal requisito subbiettivo in vista della necessità e dell'interesse pubblico: « l'erigere il monumento *condictionis implendae causa* non era soltanto cosa che l'erede dovesse compiere da buon padre di famiglia, era cosa che egli doveva necessariamente compiere e che avrebbe potuto essere costretto a compiere ». Il valente giurista è caduto qui in un abbaglio, da cui non hanno saputo guardarsi altri esimii romanisti (cf. p. c. Accarias *Précis*. II⁴ 428).¹ L'erigere il monumento *condicionis implendae causa* non può essere imposto a veruno; chè i pontefici o il principe possono compellere ad adempiere un *modus*, non una *condicio*. Chi non ha adempiuta la *condicio* non ha veste di erede e non può quindi essere compulso nè a funerare nè ad erigere monumenti. L'errore de' chiari giuristi è derivato dalla mala intelligenza delle ultime parole di Papiniano. Il senso di esse è il seguente: Tizio è istituito heres sub condicione monumenti faciendi. Erige il monumento e va quindi in buona fede al possesso dei beni. Indi il testamento appare nullo e l'erede legittimo rivendica l'eredità. Costui potrebbe a primo aspetto negare di avere avuto alcun profitto dalla spesa fatta dall'erede putativo, giacchè egli non poteva essere vincolato in alcun modo da quella disposizione del testamento nullo. Ed è appunto a tale pretesa che si oppone il giureconsulto. L'erede

¹ Sostiene che si tratti di un *modus* il Costa (*Saggio esegetico* etc. p. 9 seg.). Egli dice che generalmente *condicio* sta per indicare il modo. Ma per gli atti di ultima volontà ciò non deve intendersi che con molte cautele (Pernice *Labeo* 3, 26); « implere condicionem », nel senso di eseguire un *modus* mi pare senza esempi. Nè è vero quanto egli dice, che il contenuto della disposizione si presti a un *modus*, non ad una *condicio*; p. c., il fr. 45 (44) D. 28, 5, il fr. 112 D. 35, 1, etc.

ha dovere di funerare il defunto e di apprestargli un congruo monumento e se il defunto ha comunque manifestata la sua volontà in proposito, in via straordinaria possono imporgliene l'adempimento il principe o i pontefici. Sicchè in realtà la spesa dell'erede putativo ha avvantaggiato l'erede vero. — Quale azione si darà al primo, che non abbia coll'*exceptio doli* ritenuta la spesa? Si potrebbe pensare all'*utilis funeraria*, che il fr. 32 D. 11, 7 concede al *possessor hereditatis*, che « *funus fecerit deinde victus in restitutione non deduxerit quod impenderit* ». Nelle spese funerarie è pur compresa quella del monumento. Ma se qui l'*utilis funeraria* non è concessa, è evidentemente per lo scopo speciale in vista del quale il monumento fu eretto: di adempire cioè la condizione della istituzione. Non è un erede putativo che disimpegna un dovere, che stima incombergli, mentre incombe all'erede vero. È uno che non è ancora erede nè vero nè presunto, che non ha verun dovere nè reale nè putativo e che agisce solo per un fine di lucro. Ciò è diametralmente opposto ai fini per cui l'azione funeraria è concessa. Colui il quale condicionis implendae causa erige un monumento gerisce un negozio pertinente al defunto (qui propter funus aliquid impendit cum defuncto contrahere creditur, non cum herede: fr. 1 D. 11, 7); poichè, non essendo ancora erede, ciò non è ancora diventato dovere e affare suo. Sta bene ch'egli miri con ciò all'interesse proprio ma tale intenzione noi sappiamo non essere opposta alla volontà di gerire per altri. Ora, per chi abbia presente il citato fr. 1, la fattispecie del fr. 50 § 1 si configura proprio come corrispondente alle parole edittali « *si quis negotia — quae cuiusque cum is moritur fuerit gesserit* — ». Nulla dunque di strano, se per essa venga data l'azione *negotiorum gestorum*, dal momento che il negozio gerito a favore del defunto si riflette (per le osservazioni già fatte) economicamente sulla eredità, quasi negozio ereditario, con profitto dell'erede.

15. Così crediamo di avere abbastanza sicuramente confer-

mato la dottrina, che esige l'*animus aliena negotia gerendi* per entrambe le azioni; vale a dire che riconduce i due rimedi alla stessa figura fondamentale della *gestio*, che noi consideriamo non già quale « quasi-contratto », ma pur come atto giuridico.

16. Concludiamo queste note con alcune riflessioni intorno alla capacità nella gestione. Il passo, che in *sede materiae* se ne occupa di proposito, è il fr. 3, § 4 e 5, h. t., il quale ha dato agli interpreti difficoltà non esigue. Il § 4 dice: « *pupillus sane, si negotia gesserit, post rescriptum divi Pii etiam conveniri potest in id, quod factus est locupletior; agendo autem compensationem eius quod gessit patitur* ». Il § 5: « *et si furiosi negotia gesserim, competit mihi adversus eum negotiorum gestorum actio; curatorum autem furiosi vel furiosae adversus eum eamve dandam actionem Laabeo ait* ». Intanto è certo che qui Ulpiano commenta la voce *alterius* dell'editto; il discorso versa dunque sul *dominus negotii* e riesce non poco strano, che invece si parli del pupillo gestore. Tanto che il Cujacio ha proposto una sua notissima emendazione « *pupilli sane negotia quis gessit; pupillus, etc.* ». Parimenti risulta alquanto singolare che si affermi senza limitazione la responsabilità del *furiosus* domino del negozio; mentre da altri passi risulta che il pupillo domino del negozio risponde fino a concorrenza dell'arricchimento ed è merito del Pacchioni di avere ben posto in chiaro questo punto e la sua intrinseca convenienza.

Ma le difficoltà di varia natura, che qui si agglomerano, possono agevolmente dissiparsi, qualora si consideri che qui noi abbiamo (e non possiamo aver altro) brani staccati del discorso ulpiano. Ulpiano qui diceva in origine più cose, che i compilatori non potevano rispettare. Egli doveva avvertire che la responsabilità del domino del negozio non era sempre la stessa; che il pupillo, p. e., il quale avanti il rescritto di Antonino Pio non rispondeva in alcuna guisa verso un gestore semplice, rispondeva però verso un gestore qualificato (protutore, etc.); che similmente il *furiosus* era tenuto verso

il suo curatore. Di quest'ultima regola v'ha traccia sulla fine del § 5, che del resto è in più modi alterato. I compilatori al posto dell'azione neg. gest. hanno in tali casi l'utilis actio curatelaе contraria, la contraria protutelaе, etc. Il discorso sulla responsabilità del pupillo domino del negozio potè condurre Ulpiano a parlare di quella, che incontra come gestore e non vi ha ragione per emendare arbitrariamente il passo con Cujacio (passo che è ben connesso e rispondente nelle sue parti), nè di stravolgerne con Pacchioni il significato. Secondo quest'ultimo scrittore il brano in origine sarebbe stato in tutt'altro contesto e avrebbe avuto tutt'altro significato; per diritto giustiniano va conciliato colla regola generale (fr. 46, D. 44, 7), che *ex re* anche il pupillo rimane obbligato integralmente. All'uopo egli osserva che « *locupletior factus* » non può dirsi il pupillo gestore, che quando, senza aver recato alcun danno al domino del negozio, abbia dalla gestione ricavato un lucro che non può ritenere. Fino a concorrenza del pregiudizio recato al domino dell'affare, di locupletazione non può parlarsi. Sicchè ben lungi dal porre un limite alla responsabilità del pupillo, il § 4 ne affermerebbe la massima contenzenza. Ma l'ingegnosa esegesi dell'arguto scrittore riposa sovra una petizione di principio. Il concetto, ch'ei porge di *locupletazione*, suppone dimostrato ciò che non è; cioè che il pupillo gerente risponda del pregiudizio che reca. Infatti, partendo dall'opposto principio, si arriva ad una ben più naturale interpretazione. Il pupillo non risponde del pregiudizio, cui gerendo altrui reca, se non in quanto tale pregiudizio si converta in vantaggio suo (cf. *Progetto di Cod. Civ. per l'Impero germanico* § 752). Nè, se fosse altrimenti, si comprenderebbe come qui s'invochi il rescritto di Antonino Pio. Le nostre osservazioni poi sulla *gestio*, in quanto è atto giuridico, dirimono in gran parte gli ostacoli che trova il Pacchioni a limitare la responsabilità del pupillo: pongono anzi in debito rapporto la sua responsabilità nelle *due* azioni, che abbiamo mostrate correlative e spiegano pur bene le ipotesi del pupillo che agisce in seguito a un

mandato nullo e simili. L'analogia della *communio* non serve; poichè qui veramente sorge *ex re* l'obbligazione (detratta la maschera del quasi-contratto).

Riguardo poi a quanto io sopra avvertivo, che cioè ben altra doveva essere la responsabilità del pupillo domino del negozio nei casi di gestione qualificata, risulta dal fr. 5 D. 27, 5 tolto proprio dal libro X di Ulpiano ad Edictum e verosimilmente dallo stesso passo, da cui son presi i due brani costituenti i §§ 4 e 5 citati. « Ei qui pro tutore negotia gessit — scrive Ulpiano — *contrarium iudicium* (s'intende: *neg. gest.*) *competit* ». Occorreva appunto affermare che qui competeva l'azione, benchè gli affari geriti spettassero al pupillo.

La questione simile doveva farsi al fr. 1, §§ 1 e 2, D. 27, 4, dove ora tutti riconoscono l'avvenuta alterazione [cf. Lenel *Paling.* II, 671]. Al § 1 s'afferma la competenza di un *contrarium iudicium* (che ora parrebbe quello « *tutela* ») a favore di chi *pro tutore negotia gessit*; al § 2 si dice doversi dare un *contrarium iudicium* al *curator pupilli* e a quello *furiosi* e perfino, sull'autorità di Sabino, al *curator uentris*.

17. Tali appunti mi si presentarono come più rilevanti dopo un attento studio del libro del Pacchioni e, siccome mi pareva che ne potesse risultare qualche sussidio per la retta comprensione dell'istituto, così li ho largamente esposti. Soltanto non vorrei che si deducesse un'erronea conseguenza dal fatto, che in più modi e in cose gravissime io ho dovuto contraddire all'egregio romanista. Non è che io non conosca i pregi dell'opera sua, non ne accetti parecchie conclusioni (soprattutto nella seconda parte) e non ne abbia ricavato molto profitto. Questa lode io anzi gli tributo tanto più volentieri, in quanto che la mia franchezza nell'esporre le mie opinioni difforni la farà sembrare del tutto sincera.

ARNOB. IV, 16

In Arnobio *adversus nationes* IV, 16 si trova il seguente brano meritevole di attenzione da parte dei romanisti — tanto più meritevole, in quanto che, come confido di poter dimostrare in un prossimo lavoro, le cognizioni giuridiche di Arnobio non sono nè scarse nè malferme.

Si tratta delle cinque Minerve e dell'imbarazzo in cui si trova il mortale, che non sa a quale fra esse competa a miglior titolo tal nome; a quale fra esse debba rivolgere il culto e le oblazioni.

Res si cum divinas adparemus adgredimurque aris flammantibus sua reddere constituta, Minervae omnes advolent ac de istius *nominis possessione* certantes poscent sibi singulae adparatum illum sacrorum reddi, quid in medio faciemus nos animal tenue vel in partes quas potius pii muneris officia transferemus? dicet enim forsitan prima illa... *meum* nomen est Minervae... Immo, inquiet quinta Minerva, ... desiste *nomen iuris* tibi adsciscere *non tui*... Quid dicis? inquiet secunda haec audiens... perge igitur, aliud tibi quaere signum, nam mea res ista est — — — itane tu audes maiestatem tibi mei nominis usurpare? — — desiste tibi *nomen id quod meum est vindicare* — — — Si ergo, ut diximus, officia nobis adeuntibus religiosa Minervae adsint quinque ac de *huius nominis proprietate* rixantes sibi quaeque desideret aut thuris suffimenta libari aut ex pateris aureis inferia vina defundi, quo disceptatore, quo iudice con-

troversias tollemus tantas? aut quis quaesitor, quis arbiter cervicibus tantis erit qui inter personas huiusmodi aut vindicias iustas dare aut sacramenta conetur pronuntiare non iusta?

Notevole la « *proprietas nominis* »; notevole che quale azione per impedire altrui l'indebita assunzione del proprio nome si presenti ad Arnobio la rei vindictio. Qui l'azione non si potrebbe avere, egli scrive, non già per ragione obbiettiva, ma perchè un mortale non potrebbe arrogarsi di giudicare fra *personas huiusmodi*.

Alla frase *quis quaesitor..... cervicibus erit, etc.*, già l'Orelli in h. l. [cf. anco Migne V, 1035] aveva raffrontato il passo di Cicerone in *Verr.* 3, 59: qui erunt tantis cervicibus recuperatores, qui audeant in provincia, cum praetor adsit, non solum contra voluntatem eius, sed etiam contra fortunas iudicare?

Del resto la tutela del diritto al nome mercè la *vindicatio nominis* non implica che si riconoscesse una vera *proprietas nominis*. Arnobio usa questa frase in mancanza di una, che designi specificamente quel diritto. La *vindicatio* mette in evidenza uno degli elementi del dominio, quello di *attinenza* o *pertinenza* [aio meum esse — si paret *Aⁱ Aⁱ esse*]. Non è dunque strano che oltre il dominio si tutelasse con la *vindicatio* qualche rapporto di intima pertinenza, come, per esempio, il diritto a un dato nome. Si pensi alla *vindicatio filii familias* nota ancora al diritto classico e giustiniano. Qui non si tutela certo il dominio mediante tale azione. Anche l'estensione della tutela aquiliana per le lesioni recate a un *liberum corpus* è un fenomeno giuridico da spiegarsi analogamente.

C. FERRINI.

NOTIZIE

Un Caput ex testamento trovato in una epigrafe l'anno scorso sarà tra breve pubblicato. Noi ce ne occuperemo appena esso sarà edito dalla direzione degli Scavi.

Un nuovo manoscritto del Codice epitomato molto affine al Pistoiese, quantunque posteriore, è stato ritrovato a Pesaro nella biblioteca Oliveriana n. 26 dal nostro socio prof. F. PATETTA. Egli stesso ne riparerà nel nostro Bullettino.

C. E. Zachariae di Lingenthal, il venerando maestro degli studi di diritto greco-romano, nostro socio onorario, cessava di vivere all'età di 82 anni in Grosskmehlen presso Ortrand il 3 giugno 1894. La dolorosa notizia ci giunse mentre questo fascicolo era già pronto. Di lui e delle opere sue parleremo nel prossimo fascicolo.

Due opere di Irnerio. — Il prof. H. FITTING dell'Università di Halle, nostro socio, pubblica in occasione del cinquantesimo anniversario dell'insegnamento del prof. Adolfo Schmidt di Lipsia, una *Summa Codiús* del principe dei Glossatori (Berlin, Guttentag, 1894 pagg. civ-334), donde risulta che Irnerio deve collocarsi anche tra i primi dogmatici e sistematici scrittori di diritto: importante anche è la introduzione dell'editore. Similmente per celebrare il secondo centenario dell'Università di Halle, lo stesso professore FITTING pubblica con dotta introduzione, le *Questiones de iuris subtilitatibus* (Berlin, Guttentag, 1896). Di queste pubblicazioni torneremo a parlare nel prossimo fascicolo.

Ilario Alibrandi.

Il giorno 26 gennaio 1894 moriva in Roma il prof. Ilario Alibrandi. Nato in Roma il dì 8 febbraio 1823, egli era vicino a compiere il settantunesimo anno; la sua gracile complessione non potè resistere ad un attacco di bronchite, che lo rapì in pochi giorni all'affetto dei suoi, e all'ammirazione dei cultori del diritto romano.

La sua vita modestissima e tutta dedita agli studi e alle occupazioni dell'insegnamento e dell'avvocatura non offre campo a lunga narrazione. Nel 1841 egli ebbe il grado di Dottore in filosofia; il 23 giugno 1842 baccalaureato in legge ottenne il 12 agosto 1845 la laurea *ad honorem* in diritto. Nel 1849 incominciò ad insegnare nell'Università romana, ed era professore ordinario di Pandette e preside della facoltà giuridica nel 1870, quando gli avvenimenti politici lo costrinsero ad abbandonare la cattedra. Io non potrei senza indiscrezione narrare qui pubblicamente tutti i particolari delle circostanze di quel forzato abbandono, che fu pur troppo causa, che l'Alibrandi non potesse più esercitare a pro del diritto romano in Italia tutta quella azione vigorosa, che avrebbe potuto con la sua dottrina, il suo ingegno e l'immenso affetto per la scienza. Dirò solo che non fu la questione del giuramento richiesto ai professori, come da molti si crede, quella che privò l'Ateneo Romano di tanto lume. L'Alibrandi si dimise per le pressioni, ch'ebbe a subire da parte delle autorità religiose in seguito ad una visita da lui fatta come preside della facoltà giuridica a S. M. il Re Vittorio Emanuele al Quirinale. Egli, che viveva continuamente nelle astrazioni dello studio, e che veramente si sentiva più a posto tra gli

antichi giureconsulti romani che tra i moderni, non comprese mai interamente il valore politico di quell'atto, e si maravigliava che fosse stato male interpretato dal partito, al quale, più per lunga tradizione e per sentimenti religiosi, che per politica partigianeria, era legato. Noi non possiamo far altro che deplorare, che in quelle circostanze una poco lodevole intolleranza da una parte e dall'altra abbia prodotto più d'una conseguenza dannosa alla scienza e all'insegnamento. Ritiratosi dalla Università, l'Alibrandi ebbe più tardi la cattedra di Pandette presso l'Accademia di conferenze storico-giuridiche che conservò fino alla morte; ma pur troppo per parecchi anni ebbe scarsissimo numero di discepoli, sicchè le sue preziose lezioni andarono molte volte perdute senza profitto alcuno.

Gran parte della sua attività fu dedicata agli uffici da lui tenuti presso il Vaticano, dove fu nominato nel 1863 avvocato nelle cause di beatificazione e canonizzazione, nel 1883 avvocato concistoriale, e finalmente nel 1888 minutante della Segreteria di Stato.

Delle varie accademie e corpi scientifici, ai quali appartenne, ricorderemo qui particolarmente l'Arcadia e la pontificia Accademia di Archeologia, alle quali egli fin dal 1857 prese parte attiva, e l'Istituto nostro di Diritto romano, del quale egli era socio onorario fin dal 14 luglio 1888 e al quale portò con affetto il contributo dell'opera sua.

Come insegnante e come scrittore l'Alibrandi fu figura singolarissima in Italia.

Nella sua relazione sull'insegnamento del diritto nelle Università Italiane scritta in seguito ai viaggi fatti nel 1825 e 1826-27, il Savigny (*Vermischte Schriften* IV, 44, pag. 323-327), parlando dell'Università romana, descrive le lezioni del Bencivenga Barbaro e del Villani, e pur riconoscendo il valore dei due professori di testo civile di quel tempo, ne lamenta lo stile antiquato e la deficienza dal lato della storia. L'Alibrandi, benchè discepolo del Villani, innovò il metodo della ricerca e dell'insegnamento. Perfetto consoci-

tore delle fonti e della storia, interprete acutissimo ed indipendente, sapendosi valere di tutti i sussidi filologici, storici ed archeologici, egli si era innamorato della giurisprudenza romana del periodo classico, ed il suo studio era sempre diretto a restituirla nella sua figura genuina, depurata dalle aggiunte posteriori e dalle modificazioni giustinianee. Forse tale indirizzo dell'insegnamento nell'Università Pontificia poteva anche censurarsi, perchè il diritto romano vigente, fondato sul giustiniano, ne restava alquanto trascurato; forse anche sotto l'aspetto scientifico si poteva dir soverchio e spesso ingiustificato il disprezzo, col quale l'Alibrandi trattava le innovazioni del diritto imperiale decadente; ma rimane per noi mirabile il vedere da questo dotto, quasi isolato nel suo campo, rigettati tutti i vecchi artifici di un'ermeneutica sforzata e cervelotica, disprezzate le conciliazioni violente, sostituendo a tutto il vecchio arsenale un'interpretazione ricca di critica e di finissimo senso storico, nella quale il latino e la logica sono sempre rispettati. Molti anni prima che in Germania prevalessero gli odierni studi sulle figure dei singoli giureconsulti classici e sul riconoscimento delle interpolazioni giustinianee, l'Alibrandi in Roma poneva in pratica questi metodi di ricerca. Spesso nelle sue lezioni egli espose teorie nuove, che pur troppo talora andarono perdute, talora solo più tardi furono ritrovate da altri. Così, per esempio, io ricordo che, fondandosi specialmente sugli scogli di Stefano ai Basilici egli aveva già accennata, nelle lezioni tenute all'Accademia di conferenze storico-giuridiche, la teoria circa il giuramento, che fu poi splendidamente dimostrata dal DEMELIUS *Schiedseid und Beweiseid*, 1887.

La semplicità, con cui l'Alibrandi esponeva le sue teorie, non lasciava scorgere ai suoi discepoli quanto di nuovo fosse in esse, e per ciò molte andarono perdute. Talora quasi per caso si sono venute a conoscere dal pubblico. Così p. es. nel 1870, il Porena, che era stato discepolo dell'Alibrandi nell'Università, ad occasione di una polemica fra altri, pubblicò nel *Giornale di giurisprudenza tec-*

rico-pratica (Roma, vol. 1° ed unico) la interessante, sebbene dubbia, spiegazione storica della differenza di trattamento delle condizioni impossibili negli atti tra vivi e negli atti a causa di morte, secondo la scuola Sabiniana. Così una volta, essendo di passaggio in Roma il mio amico prof. Gradenwitz, io lo condussi ad una lezione dell'Alibrandi: questi venne svolgendo la propria idea circa l'azione, che davasi secondo l'antico diritto romano contro i curatori; noi colpiti dalla evidenza della dimostrazione lo pregammo di pubblicarla, e in tal modo si ebbe la elegantissima memoria, che si legge nel nostro *Bullettino* anno II, 1889.

Pur troppo era difficile che l'Alibrandi si risolvesse a scrivere e più ancora a pubblicare. La più gran parte dei suoi scritti è dovuta all'insistenza dei suoi amici; ma non sempre l'insistenza riusciva. Egli era di carattere così modesto e ritroso, che la pubblicità lo rendeva restio. Così è che le sue pubblicazioni rappresentano soltanto una piccolissima parte della vera sua produzione scientifica. Non so se sarà possibile rintracciare nei quaderni di scuola dei suoi discepoli, i concetti che egli espresse nelle lezioni senza curarsi di comunicarli al maggior pubblico.

Non è facile neppure trovare gli scritti dell'Alibrandi. Alcuni stampati a parte sono esauriti; altri sono sparsi in collezioni accademiche e in periodici poco divulgati, sicchè può dirsi che al maggior numero degli studiosi sono noti soltanto quelli contenuti nel periodico *Studi e documenti di storia e diritto* o nel nostro *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*. Io tenterò qui di passare brevemente in rassegna le sue pubblicazioni, ma non so garantire la completezza delle mie notizie.

Metto in disparte alcuni scritti non giuridici, che attestano tuttavia la cultura letteraria e filologica e la perfetta padronanza del latino, come il discorso *De laudibus Rev:mi et E:mi Ludovici de Alteriis* (1867), le *Osservazioni sopra alcune parole delle tavole Eugubine* (*Accad. rom. Archeol.* Serie II tom. I letta nel 1878, pub-

blicata nel 1880), *Dichiarazione di uno specchio etrusco del Museo Kircheriano (Studi e documenti VI, 1885)*.

Nel 1854 l'Alibrandi pubblicò una dissertazione latina *de cognitoribus penes romanos veteres*, nella quale già si nota il suo indirizzo scientifico con l'uso delle nuove fonti, come Gaio e i frammenti Vaticani; nel 1860 un discorso *dell'uso dei monumenti epigrafici per l'interpretazione delle leggi romane* (*Accad. Rom. Archeol.* Serie I tom. 14), dove l'utilità della cognizione dell'epigrafia per i giuristi è dimostrata con una serie di esempi notevolissimi.

Gli anni 1869-71 furono tra i più fecondi. Del 1869 abbiamo l'elegantissimo libro *de bonorum possessionibus*, nel quale con brevità e purezza di stile, l'autore cerca di ricondurre all'editto, che egli restituisce, i principi regolatori della successione pretoria. Del 1870 due lunghe memorie pubblicate nel *Giornale di Giurisprudenza teorico-pratica*, nel quale si legge pure l'articolo del Porena poc'anzi citato. Una di queste memorie *sulle azioni dirette ed utili*, se dimostra la conoscenza piena della materia, non contiene risultati nuovi. L'altra invece deve annoverarsi tra le più belle produzioni dell'autore: essa tratta *del concorso delle azioni* e ne risolve le gravi difficoltà, dimostrando come esso nel diritto classico si riconnettesse alla consumazione processuale e come nella compilazione giustiniana fosse alterato mediante numerose interpolazioni dei testi antichi: ventidue anni dopo l'EISELE dava nell'*Archiv für die civilistische Praxis* vol. LXXIX, 1892, una soluzione similissima del problema.

Al 1871 appartiene il volume sulla *Teoria del possesso secondo il diritto romano*. Le linee fondamentali della teoria svolta in questo libro non si possono dir nuove; ma la novità si trova in un gran numero di punti speciali, che rendono prezioso il breve volume. È rimasta celebre la dimostrazione, che l'intricata teorica dell'acquisto dei frutti da parte del possessore di buona fede è stata mutata nel diritto giustiniano con una serie d'interpolazioni nei testi classici,

mentre la teorica classica dava senz'altro al possessore di buona fede la irrevocabile proprietà dei frutti. Il concetto non era in tutto nuovo; già il PELLAT nel suo bel libro *La propriété* etc. (2^a ed. 1853 p. 306 segg.) aveva sostenuto che la innovazione relativa ai *fructus extantes* era stata introdotta da Diocleziano (L. 22 Cod. de R. V. 3,32) e che tutti gli accenni ai *fructus consumpti* erano stati interpolati nei testi classici, sicchè nelle scuole francesi quest'opinione era divenuta dominante; ma l'Alibrandi diede una dimostrazione più completa e sostenne che l'innovazione è Giustinianea dovendosi ritenere interpolata anche la L. 22 Cod. 3, 32. Nonostante le osservazioni in contrario del RUGGIERI *Possesso I* p. 544 segg. 556 segg. e del FADDA *Lezioni sui modi di acquistare la proprietà* pag. 244 e segg., io credo che questa teorica dell'Alibrandi sia destinata a trionfare: certo i nuovi studi sulle fonti e sulle interpolazioni giovano a convalidarla, ed è anche notevole il fatto che lo CZYHLARZ, sedici anni dopo (continuazione di GLÜCK *Pandecten* lib. XLI, 1^a parte, 1887) espone, come propria e nuova, con meno perfetta dimostrazione, la medesima opinione.

Dell'utilità che arrecano alla storia ed alle antichità del diritto romano gli scritti de' greci interpreti e degli scolasti de' Basilici tratta una dissertazione, che ho, senza data, nè luogo, scritta probabilmente qualche anno dopo il 1870 e che sembra dover appartenere all'Accademia Rom. di Archeol., ma che non ho potuto ritrovare nei volumi degli atti. Lo studio è notevolissimo e ricco di esemplificazioni. L'uso delle fonti greche fu uno dei tratti caratteristici della interpretazione dell'Alibrandi.

La decisione presa dall'Accademia di conferenze storico-giuridiche di pubblicare il periodico *Studi e documenti di storia e diritto* porse occasione all'Alibrandi di dare alla luce parecchi dei suoi migliori studi. Egli seguì con gran cura le nuove scoperte di frammenti di giureconsulti e di leggi, e i suoi commenti e le sue restituzioni ebbero sempre un'importanza grandissima, spesso decisiva.

Così nei vol. I e II (anni 1880-81) si trova sotto il titolo *Sopra alcuni frammenti di scritti di antichi giureconsulti romani*, la sua illustrazione dei testi di Papiniano *lib. V. Resp.* e del breve frammento *de iudiciis*, editi prima da Mommsen e da Krueger; e tutti ricordano come egli pel primo riconoscesse la congiunzione, che doveva farsi, dei brani dei fogli, in modo da ottenere la più completa lettura del testo. Così pure nel vol. II (anno 1881) egli pubblicò la spiegazione *di un frammento di legge romana scoperto presso la città di Este nel maggio 1880*, dov'egli sostenne, e credo con ragione, che non si trattava di un frammento della legge Rubria. E nel vol. III (1882) egli dichiarò dottamente con osservazioni, oggi troppo trascurate, i frammenti Sinaitici nei due articoli *sopra alcuni frammenti greci di annotazioni fatte da un antico giureconsulto ai libri di Ulpiano ad Sabinum*. Nel vol. IV (1893) nuova scoperta, simile a quella sopra accennata per i testi del libro V Resp., egli fa *sopra alcuni frammenti del libro IX dei responsi di Papiniano con note di Ulpiano e di Paolo*, che il Dareste aveva pubblicati senza riconoscerne l'autore. Ad un genere diverso appartiene la interpretazione *ad legem unicum Codicis de solut. et liber. debiet. civit. XI, 39*, che si trova nel vol. V anno 1884. Fu questa la dissertazione latina scritta dall'Alibrandi quando fu nominato avvocato concistoriale, e perciò è stampata anche a parte con una prefazione indirizzata al Pontefice. È noto che per vecchia consuetudine i nuovi eletti avvocati concistoriali debbono scrivere in latino un commento ad una delle leggi dei tre ultimi libri del Codice. La dissertazione dell'Alibrandi sulla legge a lui assegnata è una mirabile illustrazione di tutti i particolari, a cominciare dalla iscrizione della costituzione, e contiene importanti svolgimenti circa le magistrature e l'amministrazione municipale, con frequente richiamo di monumenti epigrafici e specialmente delle apoche pompeiane scoperte nel 1875. Relative alla storia del diritto romano nel medio evo sono le *osservazioni giuridiche sopra un ricorso dei monaci di Grottaferrata al pontefice Innocenzo II* (anno VIII, 1887). Le *Ri-*

cerche sulla origine del divieto delle donazioni fra coniugi (anno XIII, 1892) contengono un'ardita congettura, secondo la quale il divieto risalirebbe alle leggi Giulia e Papia, e le notizie contrarie della legislazione giustinianea sarebbero dovute ad interpolazioni.

Di alcuni scritti pratici, come per es. di un parere nella famosa causa del Comune di Roma per la Villa Borghese (1885) e di due pareri nella causa Giustiniani relativa al cognome (1882-91) basterà solo accennare qui l'esistenza. Essi non sono tra i migliori lavori dell'Alibrandi.

In occasione dell'VIII centenario dell'Università di Bologna nel 1888 fu da parecchi di noi professori di diritto romano pubblicato un volume di *Studi giuridici e storici*. L'Alibrandi si associò volentieri a noi pubblicando un dotto studio *Sopra un Senatoconsulto fatto nell'anno 176 dell'era volgare*, nel quale sostiene l'ardita opinione che la quota dei legittimarî fosse fissata al quarto da un Senatoconsulto, del quale egli ricerca le tracce e riunisce le testimonianze.

Finalmente ricorderemo i contributi preziosi dell'Alibrandi ai lavori dello Istituto di diritto romano. Nel nostro *Bullettino* si leggono di lui tre studi di grande importanza. Il primo *Sopra una tavoletta cerata scoperta a Pompei il 20 settembre 1887* (anno I 1888) sostiene una interpretazione dell'atto contenuto in quel nuovo documento probabilmente errata nel concetto fondamentale, ma ricca di vere osservazioni nei particolari. Il secondo è un ampio e bel commento *sopra una legge Romana contenuta in una iscrizione Narbonese* (anno I, 1888), che sarà sempre consultato con utilità da giuristi e da storici. Il terzo è quell'elegante ricerca *Dell'azione che davasi secondo l'antico diritto romano contro i curatori* (anno II 1889), di cui già più sopra si è fatto cenno. Tra le comunicazioni verbali noteremo quella circa il frammento *De formula Fabiana* (Verbali anno I p. 311), in cui l'Alibrandi contemporaneamente al Gradenwitz spiegava la misteriosa parola *arcatait* correttamente *Marcellus autem ait*.

All'uomo illustre, il cui ingegno, la memoria straordinaria, la profonda dottrina erano superati solo da una modestia che non pareva dei nostri tempi, gli amici e colleghi dell'Accademia, alla quale egli apparteneva, eleveranno il più degno monumento riunendo tutti gli sparsi scritti di lui in un volume, nel quale si spera possa esser pubblicato anche qualche inedito studio.

VITTORIO SCIALOJA.

I. E. Labbé.

L'Istituto di diritto romano non ha avuto a lungo la fortuna di contare il prof. Labbé fra i suoi membri onorari; nè l'illustre professore ha goduto a lungo il riposo che i limiti d'età lo avevano costretto a prendere, lo scorso novembre.

Il Labbé era un parigino di Parigi: quivi nacque il 5 agosto del 1823, quivi passò l'intera vita. Compiuti con molto onore gli studi nel liceo Louis-le-Grand, si iscrisse presso la Facoltà giuridica e v'ottenne nel 1845 il primo premio di diritto francese al concorso per la licenza, nel 1848 la medaglia d'oro del concorso per il dottorato. Frattanto era stato eletto primo segretario della conferenza degli avvocati.

Fin da questi splendidi esordi già si palesava il duplice aspetto dell'ingegno del Labbé: nel fôro e nella scuola egli aveva pari successo. Non che egli abbia, almeno da quando salì in cattedra, esercitata la professione forense e preso parte attiva alle lotte del pretorio; a Parigi i professori non difendono cause; ma io intendo qui parlare dell'opera principale del Labbé, o almeno di quella per cui rimarrà più rinomato, le sue mirabili note, inserite nel *Recueil général des lois et des arrêts*, del SIREY, che lo hanno reso il più acuto commentatore di sentenze, che il secolo XIX abbia prodotto in Francia e forse nel mondo giuridico.

Aggregato (*agré*) della Facoltà di diritto nel 1856, il Labbé appartenne subito alla Facoltà di Parigi, presso la quale occupò, dal 1865 al 1893, una delle cattedre di diritto romano.

Anche qui l'opera sua fu ragguardevole: riferiremo in fine lo elenco delle numerose dissertazioni da lui pubblicate sul diritto romano e sul diritto francese, oltre le note magistrali nel SIREY; ma i suoi lavori sono sparsi in tante raccolte, che non possiamo garantirlo per completo.

Del suo insegnamento orale si può giudicare dai frutti: i suoi discepoli gli hanno intrecciata una corona, rispetto alla quale impallidiscono tutte le onorificenze, che egli ottenne, e tutte quelle assai più alte, che meritò. Al maestro eminente dovette essere dolce soddisfazione il vedere *quarantasei dei suoi antichi alunni, tutti professori di diritto*, cioè più del quarto del personale giuridico delle nostre Università francesi, riunirsi per presentargli, insieme con una opera artistica, la lettera che segue:

« Caro ed onorato maestro,

« Quanti furon chiamati a seguire le vostre lezioni, hanno serbato un ricordo profondo del vostro insegnamento. Nelle varie professioni giuridiche, alle quali si sono dedicati, riconoscono con piacere il profitto che ne hanno tratto. È giusto soggiungere che, grazie alle note sapienti, nelle quali, con una acutezza di vedute e una facilità di ingegno senza pari, voi trattate e risolvete successivamente le più delicate controversie, che la pratica solleva nei diversi rami della legislazione, voi avete dimostrato nel modo più perentorio di che mirabile sussidio sia la conoscenza profonda del diritto romano per lo studio dei problemi giuridici, che a primo aspetto sembrano più nuovi.

« Ma fra i vostri numerosi discepoli, caro ed onorato maestro, ve ne sono alcuni che sentono, a giusto titolo, di dovervi una riconoscenza particolare; sono quelli che furono chiamati a insegnare a

loro volta ed a seguire da lontano le vostre tracce. Addentrandosi negli studi giuridici, essi hanno potuto apprezzare meglio quanta profonda dottrina, quanta intelligenza delle leggi romane e del dritto, nel suo più alto significato, fosse nelle vostre lezioni. Soprattutto hanno potuto imparare, in grazia vostra e del vostro esempio costante, che a rendere davvero utile e fecondo un insegnamento, non tanto giovano la dottrina e l'ingegno del professore, quanto il suo devoto affetto verso i propri discepoli. Hanno serbato il ricordo del calore dimostrativo col quale esponevate le parti più ardue della scienza, della compiacenza inesauribile colla quale rispondevate alle loro domande, dell'affettuoso interesse col quale prestavate orecchio ai loro propositi e davate loro consiglio. I vostri antichi discepoli, ora membri delle Facoltà di diritto, raccolti in un pensiero comune, vi pregano, caro maestro, d'accettare un ricordo, che vi sarà rimesso insieme con questa lettera, come segno dei loro sentimenti inalterabili di riconoscenza e di rispetto ».

(Seguono 46 firme).

Ciò che fosse il Labbé per i suoi discepoli, si può argomentare pensando a ciò che egli degnavasi fare per chi non aveva avuto la fortuna d'ascoltar le sue lezioni e non poteva invocare altro titolo alla sua benevolenza fuorchè un bisogno grandissimo di consiglio, di incoraggiamento, di simpatia. So d'uno che, giovane avvocato, lasciò il povero borgo dove aveva preparato a stento la propria laurea, per venire a Parigi e far la sua prima lezione davanti la commissione del concorso per l'aggregazione. Se ebbe quest'ardire, si fu perchè il Labbé aveva avuto la bontà di prendere interesse per lui, di render conto della sua tesi in una rivista e di concludere — sapendo quanta virtù d'incoraggiamento ha l'elogio, per quanto immeritato — con queste parole: « saremmo lieti che la cattedra togliesse l'autore al fôro ». Con poche parole si può far molto bene; queste sostennero chi scrive queste linee nelle difficoltà dei primi

passi, ed egli ne ha serbato sempre un ricordo riconoscente, come delle altre prove di benevolenza avute dal Labbé.

Abbiamo veduto che l'illustre professore ha lasciato nelle nostre Facoltà una numerosa posterità intellettuale, che perpetuerà e moltiplicherà il buon seme del suo insegnamento: egli deve aver contemplato spesso, nel pensiero, con dolce compiacenza, questa famiglia giuridica che gli fa tanto onore. Ma non aveva bisogno di uscire dalla propria famiglia per trovare discepoli divenuti colleghi. Uno dei suoi generi insegnava già con onore al suo fianco nella Facoltà di diritto a Parigi, e quando il Labbé si ritirò, ebbe la soddisfazione di veder giungere alla cattedra anche l'altro suo genero, romanista come lui, il noto autore delle *Istituzioni giuridiche dei romani*, prof. Cuq.

Così s'è spento, circondato dai suoi, quest'uomo dabbene.

La Francia perde in lui il più acuto, il più elegante dei suoi civilisti, il giureconsulto più abile a cogliere le sfumature di fatto che modificano la soluzione d'una questione di diritto, ad analizzare una giurisprudenza, a rivelare agli stessi giudici da che lato s'orientavano per istinto le loro decisioni e i veri motivi che se ne potevano addurre.

Anche l'insegnamento del diritto romano fa una grave perdita. Per coglierne bene lo spirito, non bastano nè l'erudizione nè il senso storico; per divenire un vero romanista conviene non chiudersi tutto nel diritto romano; è necessario rendersi sempre esatto conto del modo come funzionano in pratica gli istituti, e non perdere quindi di vista il diritto attuale nelle sue applicazioni quotidiane. Se il passato illumina il presente, il presente gli rende spesso ad usura la luce che ne riceve: i grandi giureconsulti di Roma erano, del resto, anzitutto amministratori, cioè uomini pratici, e i teorici sbagliano strada a ogni momento, quando credono di intenderli.

Familiarizzato mediante uno studio d'ogni giorno colla giurisprudenza dei nostri tribunali, il Labbé possedeva al più alto grado

questa qualità indispensabile ad un buon romanista. Egli non ha soltanto dimostrato, come proclamano i suoi discepoli, di che mirabile sussidio sia la cognizione profonda del diritto romano per lo studio dei problemi giuridici moderni: ha dimostrato altresì che la cognizione profonda della pratica moderna è sussidio potente alla intelligenza dei problemi giuridici risolti dagli antichi.

C. APPLETON.

Opere di I. E. Labbé.¹

DIRITTO ROMANO.

1. De la garantie ou des recours en eviction en droit romain et en droit français, 1865, in-8, 134 p.

2. Étude sur quelques difficultés relatives à la perte de la chose due et à la confusion, 1869-70, in-8, 259 p.

3. De l'action à exercer contre celui qui, par dol, a cessé de posséder, in *Revue de législation ancienne et moderne*, 1872, pages 461-491.

4. Compte-rendu du *Novum Enchiridion* de Ch. Giraud, 1873, br., 16 p.

5. De l'action du propriétaire contre celui qui, après avoir possédé sa chose, en est actuellement dessaisi, in *Revue de législ. anc.*, 1874, p. 373-407.

6. De l'*apparitio* des magistrats romains, in *Rev. de législ. anc.* 1875, p. 47-81.

7. Préface à la 11^e édition de l'*Explication historique des Institutions* d'Ortolan: Introduction sur les caractères généraux du droit romain; appendices sur la dot et sur l'hypothèque.

¹ Non comprese le innumerevoli note di diritto civile e commerciale nel *Recueil général des lois et des arrêts*, note che hanno principalmente fondata la sua fama.

8. Quelques souvenirs sur MM. Machelard, Gide et Giraud, 1882, 15 p.

9. Appendices aux *dissertations de droit romain et de droit français* de Machelard, sur la possession, les hypothèques, les donations entre époux, la loi Cincia, la corréalité, la *querela inofficiosi testamenti*, 1882.

10. Préface au t. 1^{er} de la 12^e édition d'Ortolan. Appendices sur l'*auctoritas patrum* et la force légale des plébiscites, sur la réforme des comices centuriates, sur la date de la loi Junia Norbana, 1884, p. VII-XVI, 762-797.

11. Préface au t. 2 d'Ortolan, et appendices sur la nature du mariage, le concubinat, la *capitis deminutio*, la tutelle, la curatelle, l'usucapion et la prescription acquisitive, l'irrévocabilité des donations, l'inofficiosité, les fideicommiss et les codicilles, 1863, t. 2, p. I-XIV, 684-704; 706-716; 725-764.

12. Appendices au t. 3 d'Ortolan, sur la famille civile et naturelle, la stipulation de peine, la solidarité, les dettes accessoires, les droits du vendeur, la garantie en cas d'éviction, la représentation, les contrats et les pactes nus, le transport des créances, la subrogation personnelle, la *litis contestatio*, les action de droit strict et de bonne foi, l'hypothèque, la dot, 1883, p. 797-813; 808-850; 854-944.

13. Le droit et le latin, 1886, in *Revue internationale de l'Enseignement*.

14. Du mariage romain et de la *manus*, 1887, in *Nouv. Revue historique de droit*, p. 1-20.

15. Un mot sur la question des risques. Souvenirs de droit romain à propos des art. 1138 et 1184 du Code civil in *Nouv. Rev. historiq.* 1888, p. 377-385.

16. Préface sur *Institutions juridiques des Romains* d'Edouard Cuq, 1891.

DIRITTO FRANCESE.

1. Des retraits, *in* Revue critique, t. VI, 142.
2. Dissertation sur les effets de la ratification des actes d'un gérant d'affaires, 1856.
3. De l'exercice des droits d'un débiteur par son créancier, 1856.
4. Les obligations contractées par une femme mariée sous le régime dotal peuvent-elles être exercitées après le mariage sur les biens dotaux? 1856.
5. De la procédure de la purge et spécialement de ceux qui ont le droit de purger, 1856.
6. Du remploi, 1857.
7. De la manière de calculer la réserve, et de l'influence de la renonciation ou de l'indignité d'un réservataire sur les droits des autres, 1858.
8. Du rapport des dettes, 1859.
9. Du don en avancement d'hoirie et de son imputation en cas d'acceptation de l'hérédité par le donataire, 1861.
10. De la récidive, *in* Rev. crit., t. XXIV.
11. Une femme française séparée de corps peut-elle se faire naturaliser en pays étranger sans autorisation? *in* Journal de droit international privé, 1875.
12. Des privilèges spéciaux sur les créances, 1876.
13. De la naturalisation et du divorce au point de vue des rapports internationaux, *in* J. de droit international privé, 1877.
14. De l'assurance sur la vie par un père au profit de ses enfants, *in* France judiciaire, 1878.
15. De l'assurance sur la vie par un mari au profit de sa femme, *in* France judiciaire, 1881.

16. Conflit entre la loi nationale du juge saisi et une loi étrangère relativement à la détermination de la loi applicable à sa cause, *in* J. de droit international privé, 1885.

17. Examen doctrinal (contrat de mariage, contrats à titre onéreux, hypothèque), *in* Revue critique, 1887.

18. À propos de la clause de non responsabilité. Nouvelle communication sur les clauses de non responsabilité, particulièrement dans les connaissements, *in* Annales de droit commercial, 1887.

19. De l'insaisissabilité des polices d'assurance sur la vie, *in* Annales du droit commercial, 1888.

20. De la responsabilité contractuelle, *in* France judiciaire, 1888.

21. Rapport présenté au Conseil général des Facultés de Paris sur le groupement et la coordination des enseignements de diverses Facultés d'après leurs affinités scientifiques, 1887.

Johannes Emil Kuntze.

L'11 febbraio 1894 moriva in Lipsia il professore Giovanni Emilio Kuntze. Nato in Grimma, vicino Lipsia, il 25 novembre 1824, fece gli studi universitari nella celebre Università sassone e quivi cominciò nel 1851 e chiuse, con la morte, la sua carriera accademica. La stabilità della sua dimora, cosa non comune pei professori tedeschi, rivela già un lato caratteristico del Kuntze: raccolto nel suo spirito, con un culto profondo per la famiglia, passò egli la vita, solitario e tranquillo, nei suoi studi. In contrapposto però nella sua attività scientifica ebbe egli una singolare irrequietezza; se da una parte gli studi del diritto romano formarono la sua passione più costante, con pari valore coltivò egli il diritto commerciale, e scrisse inoltre su temi svariati, di diritto penale, storia, politico-sociali. Nei suoi scritti rivela il K. una natura assai

ricca, disponando il culto per l'antico con una larga considerazione delle tendenze e dei bisogni della vita moderna. Certamente la tempra del suo ingegno fu dominata da una fantasia vivace che non valsero a temperare abbastanza nè gli studi sulle fonti romane, nè la pratica forense, da lui parecchio tempo seguita, appena uscito dall'Università. I risultati delle sue ricerche sono presentati in una forma tutta originale; egli va, anche nell'indirizzo scientifico, solitario per proprie vie, ed a questo fatto devesi attribuire se il Kuntze non fu generalmente apprezzato per quanto valeva, e se qualche volta anzi, anche fra noi, fu giudicato con leggerezza. I suoi due lavori maggiori di diritto romano, il *Cursus* e gli *Excurses*, sono in complesso assai pregevoli, il materiale delle fonti vi è elaborato e vagliato con vedute nuove, e si possono consultare con molta utilità da coloro che sono avanti negli studi romanistici.

Presento un elenco delle sue opere, al quale dovrebbero aggiungersi solo alcuni articoli, specialmente di diritto commerciale, p. es. nella *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, ed altri nel *Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht*.

Die obligatio und die Singular succession des römischen und heutigen Rechts, 1856.

Der Wendepunkt der Rechtswissenschaft, 1856.

Die Inhaberpapiere oder Obligationen au porteur, 1857.

Das ius respondendi in unserer Zeit, 1858.

Das Wechselrecht (nel Handbuch des deutschen Handels-See und Wechselrecht).

Deutsches Wechselrecht, 1862.

Ueber die Todesstrafe. Beibehaltung oder Abschaffung? 1868.

Ueber die Erbinsetzung auf bestimmte Nachlassstücke (institutio ex re), 1875.

Cursus des römischen Rechts. 1^a ediz. 1869; 2^a ed. 1878.

Excurses über römisches Recht. 1^a ediz. 1869; 2^a ed. 1879.

Prolegomena zur Geschichte Roms (Oraculum-Auspicium-Templum-Regnum), 1882.

Der Provinzialjurist Gaius, wissenschaftlich abgeschätzt, 1883.

Die sociale Frage und die Innere Mission.

Römische Bilder aus alter und neuer Zeit, 1884.

Die Obligationen im römischen und heutigen Recht und das ius extraordinarium der röm. Kaiserzeit, 1887.

Die Kojengenossenschaft und das Geschosseigenthum, 1888.

Betrachtungen über den Entwurf eines G. B. für das d. R., 1888.

Der Servus fructuarius des röm. Rechts, 1889.

Der Parallelismus des ius publicum und privatum bei den Römern, 1889.

Zur Besitzlehre — für und wider Rudolf v. Ihering, 1890.

Die deutschen Stadtgründungen oder Römerstädte und deutsche Städte im Mittelalter, 1891.

Zur Geschichte des römischen Pfandrechts. 1893.

Ihering-Windscheid Brinz (nell'Archiv. für bürgerl. Recht etc. a. 1893).

Il Kuntze curò anche la 3^a edizione della "*Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts* di Holzschuher „, vol 3, a. 1863, facendovi molte e pregevoli aggiunte.

Prima di chiudere questo breve cenno sopra l'insigne scrittore, del quale deploriamo la perdita, è bene notare qualche altro lato della sua personalità. Il Kuntze era di natura assai mite e benevola; nelle polemiche scientifiche fu cavalleresco e conservò sempre intimi rapporti con coloro dai quali dissentiva; il suo scritto su Ihering-Windscheid-Brinz è un nobile tributo alla memoria di colleghi estinti, che mostra nell'A. sentimento elevato e squisito. Le sue convinzioni religiose profonde, informavano tutto l'essere suo e davano ai suoi costumi una semplicità infantile. Per l'Italia nostra ebbe un affetto speciale, principalmente per Roma che visitò l'ultima volta nel Settembre del 1891. L'opera del Kuntze qual professore nell'Università di Lipsia fu benefica per l'insegnamento piano e coscienzioso. Del maestro porteranno sempre cara memoria i discepoli riconoscenti.

S. RICCOBONO.

Giorgio Anselmi.

Il 25 gennaio del corrente anno moriva in Torino il commendatore Giorgio Anselmi, professore di diritto romano nella R. Università di Torino. Nato in Valperga Canavese nel 1817, conseguì giovane l'aggregazione. Nell'anno scolastico 1848-49 ebbe l'incarico dell'insegnamento del diritto romano in sostituzione del Prof. Michelangelo Tonello.

Con Decreto 24 ottobre 1852 fu nominato professore di istituzioni di diritto romano e canonico, e nel 1856 pubblicava un breve trattatello di *Istituzioni di diritto romano*. Fu nel 1859 nominato professore di diritto romano, cattedra che poi sempre tenne. Per oltre dieci anni fu preside della Facoltà di giurisprudenza e per più anni rettore. Il suo metodo scientifico e didattico era ormai antiquato, pure per rara bontà d'animo sempre seppe cattivarsi l'affetto dei discepoli e dei colleghi. Nel settembre dello scorso anno gli erano state rese in Valperga solenni onoranze per il suo 55° anno d'insegnamento.

Y.



ARTICOLI RELATIVI AL DIRITTO ROMANO

NELLE RIVISTE ITALIANE E STRANIERE

Antologia giuridica, VII, fasc. 8. — C. ARNÒ, Per il 50° anno d'insegnamento di A. Anselmi (rec. di SANTANGELO SPOTO IPPOLITO). — E. CAPOBIANCO, Il diritto penale di Roma esposto sistematicamente, etc. (rec. di G. CARNAZZA). — fasc. 10. Studi sui grammatici latini in relazione al diritto romano. — VIII, fasc. 1. G. CARNAZZA, La estinzione delle servitù interitu rei. — P. ROSSI, Le istituzioni di beneficenza nell'antica Roma (rec. di G. CARNAZZA).

Archivio di diritto pubblico, IV, fasc. 2. — E. COSTA, Papiniano. — Studio di storia interna del diritto romano — Vol. I e II (rec. an.).

Archivio giuridico, LII, 1-2. — BRUNETTI, Il diritto romano nella giurisprudenza. — BONELLI, L'ipoteca per debiti futuri in diritto romano. — PIETRO GABBA, Contributo alla storia del diritto militare romano (rec. di BUONAMICI). — E. CAPOBIANCO, Il diritto penale di Roma (rec. di BUONAMICI). — fasc. 3-4. — ANCONA, Degli atti ad emulazione nell'esercizio del diritto di proprietà. — fasc. 5-6. — BUONAMICI, Di quello che debbono fare i romanisti nella moderna dottrina giuridica. — FERRINI, Storia e teoria del contratto di commodato nel diritto romano. — LUCCI, Del diritto di superficie. — ROSSI, Le garanzie delle donne per i debiti altrui in diritto romano. — E. CARUSI, Il diritto romano nella scienza e nella scuola moderna (rec. di BRUGI).

Atti e memorie della R. Deputazione di storia politica per le provincie di Romagna, XI, 1-3. — CAVAZZA, Le scuole dell'antico studio di Bologna.

Circolo Giuridico, XXV, fasc. 5. — G. BRUNETTI, Il dies incertus nelle disposizioni testamentarie (rec. di RICCOBONO).

Il Filangieri, XVIII, 4. — F. CONTUZZI, Il contratto di mandato, secondo il diritto romano, il Codice civile ed il Codice di commercio. — n. 5. — F. CONTUZZI, Id. id. (cont.).

La Legge, XXXIII, serie IV, Vol. II, n. 23. — C. FORMIGGINI, La stima nella conclusione dei contratti (rec. di V. E.). — XXXIV, serie IV, Vol. I, n. 1. — E. CAPOBIANCO, Il diritto penale di Roma (rec. an.). — n. 3. — G. MAZZA, Le condizioni illecite nei testamenti. — n. 6-7. — G. CARNAZZA, Il diritto commerciale dei romani (rec. an.). — Vol. II, n. 14. — C. L. GARBASSO, Del diritto di sepolcro nel diritto romano, nel diritto canonico e nel giure moderno (rec. an.).

La Rassegna nazionale. — XVI, 1° giugno 1894. — E. COSTA, Papiniano. Studio di storia interna del diritto romano. Vol. I e II (rec. an.).

Rivista italiana per le scienze giuridiche, XVI, 1. — N. COVIELLO, Del contratto estimatorio — C. CALISSE, Storia del diritto italiano, e F. SCHUPFER, Manuale di storia del diritto italiano (rec. di C. NANI). — fasc. 2-3. — P. BONFANTE, La possessio civilis e naturalis.

Studi Senesi, X, 4. — ETTORE DE RUGGIERO, L'arbitrato pubblico in relazione col privato presso i romani (rec. di A. RICCI). — fase. 6. — P. ROSSI, Le istituzioni di beneficenza nell'antica Roma.

Studi storici, II, fasc. 2. — E. PAIS, Gli elementi sicilioti ed italoti nella più antica storia di Roma. — fasc. 3. — E. PAIS, Id. id. (cont.)

Temi Veneta, n. 40. — V. SCIALOJA, Jhering e Windscheid.

Archiv für die civilistische Praxis, LXXX, 3. — STAMPE Die Lehre von der Abtretung der Vindication. — LXXXI, 1. — FERRINI, Ueber die colonia partiaria. — SCHIRMER, Beiträge zur Interpretation von Scävola's Responsen, IV. — LXXXII, 1. — SCHIRMER, Beiträge zur Interpretation von Scävola's Responsen, V.

Archiv für Lateinische Lexikographie und Gramatik, VIII, f. 4. — W. KALB, Zur Analyse von Iustiniani Institutionen.

Centralblatt für Rechtswissenschaft, XIII, 4. — Hilfsbuch zum Studium der Pandekten (cenno di MATTHIAS). — CZYHLARZ, Ehe und eheliches Güterrecht der Römer mit Bezug auf die heutigen Verhältnisse (cenno di ZITELMANN). — fasc. 6. — H. SOMMER, Einige Bedenken gegen R. v. Iherings Theorie des Sittlichen (cenno di KIRCHENHEIM) — GRÜBER, Ueber den Einfluss des römischen Rechts in

England, mit besonderer Rücksicht auf das Recht der Schuldverträge (cenno di SCHÜCK) — VALERY, Conjectures sur l'origine et les transformations du pacte de constitut (cenno di RÜMELIN) — fasc. 7. — BRUNETTI. Il dies incertus nelle disposizioni testamentarie (rec. di LANDSBERG) — fasc. 8. — PUCHTA, Kursus des Institutionen (cenno di RÜMELIN).

Hermes, XXVIII, 4. — MOMMSEN, Zur Geschichte der cäsarischen Zeit.

Jherings Jahrbücher, Nuova serie, XXI, 3-4. — LOTMAR, Die Vertheilung der Dosfrüchte nach Auflösung der Ehe — UNGER, Handeln auf fremde Gefahr.

Jurist. Vierteljahrsschrift, XXV, 4. — H. SOMMER, Einige Bedenken gegen R. V. Jherings Theorie d. Sittlichen.

Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und R. W., XXXV, 4. — SCHNEIDER, Die italienische romanistik in den Jahren 1890, 1891 und 1892. — XXXVI, 1. — OERTMANN, Die Fiducia im römischen Privatrecht (rec. di BRUCKNER). — SCHNEIDER, cont. dell'articolo precedente. — fasc. 2. — HIRXHE, Die principien des Sachbesitzerwerbes und Verluste nach römischen Recht.

Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozess, III, 2. STAMMLER, Zur neueren Literatur über Begriff des vis major.

Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht d. Gegenwart, vol. 21, 2. — H. KRÜGER, Die liberatio legata in geschichtlicher Entwicklung.

Zeitschrift f. vergl. Rechtswissenschaft, XI, 2. — GRUEBER, Ueber den Einfluss des römischen Rechtes in England, mit besonderer Rücksicht auf das Recht der Schuldverträge. — SCHOTT, Dasius prohibendi und die formula prohibitoria (rec. di MATTHIAS) — BECHMANN, Studie im Gebiete der legis actio sacramenti (rec. di MATTHIAS) — M. WLASSAK, Die Litiscontestatio in Formularprozess (rec. di MATTHIAS). — DERNBURG, Pandekten, (rec. di BRÜMMER). — UBBOLOHDE, Ueber die Berechnung des tempus utile der honorarischen Temporalklagen (rec. di MATTHIAS).

Nouvelle Revue historique, XVII, 3. — H. CUENOT, De la sentence du juge et de sa réalisation dans l'action sacramenti in rem. — AUDIBERT, L'adrogation et la capitis deminutio. — fasc. 4. —

M. BEAUDOIN, La limitation des fonds de terre dans ses rapports avec le droit de propriété. — fasc. 5. — M. BEAUDOIN, Id. id. (cont.). — Per il XXXV anno d'insegnamento di Filippo Serafini (rec. di M. AUDIBERT). — TH. MOMMSEN, Le droit publique romain (rec. di ESMEIN). — XVIII, fasc. 2. — M. BEAUDOIN, Id. id. (cont.).

The Juridical Review, V, 3. — KENNEDY, Papinian. — WALTON, The growth of commercial Law at Rome.

The Law Magazin und Review, n. 290. — WILLIAMS, The function of evidence in Roman Law.

Tidskr. utg. af. juridik. röreningen i Finland, 1893. MONTGOMERY, Jhering u. Windscheid.

BULLETTINO BIBLIOGRAFICO

(Si pregano gli autori e gli editori di voler aiutare l'Istituto nella compilazione di questo bullettino, informandolo delle loro pubblicazioni).

ANCONA E., Degli atti ad emulazione nell'esercizio del diritto di proprietà. — (Dall' *Arch. Giur.* Vol. 52). Bologna, 1894.

ASCOLI A., Il concetto della donazione nel diritto romano con richiami al Cod. civ. it. — (Dagli *Studi* e documenti di storia e diritto). Roma, 1893.

BESTA E., Riccardo Malombra professore nello studio di Padova. — Venezia, Visentini, 1894.

BONELLI G., L'ipoteca per debiti futuri in diritto romano. — (Estr. dall' *Arch. Giur.*, LI e LII). Bologna, Tipografia Fava e Garagnani, 1894.

BONFANTE P., La buona fede nell'acquisto dei frutti e per lo esercizio dello *jus retentionis*. — (Dal *Foro italiano*). Città di Castello, 1894.

BONFANTE P., La justa causa dell'usucapione e il suo rapporto colla buona fede. (*Rivista italiana di scienze giuridiche*, vol. XVI). Torino, Bocca, 1894.

BREUILLEAUD E., De la plainte d'inofficiosité (Thèse). — Paris, Rousseau.

BRÜCKNER F. X., Zur Geschichte des Fideikommisses. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der sogen. extraordinaria cognitio. — München, Ackermann, 1893.

BRUNETTI G., Il diritto romano nella giurisprudenza. - Dritto d'accrescimento fra coeredi e distribuzioni di parti ereditarie. — (Dall' *Arch. Giur.*, vol. 52). Bologna, 1894.

BRUNETTI G., Il *dies incertus* nelle disposizioni testamentarie. — Firenze, Civelli.

BÜLZ M., De provinciarum romanarum quaestoribus, qui fuerunt ab a. U. C. DCLXXII usque ad a. U. C. DCCX. — Diss. Chemnitz. — Bülz, 1894.

BURETEL DE CHASSEY G., Des associations religieuses dans le bas Empire. — Paris, Rousseau, 1894.

CALVINO G., Del diritto di proprietà nell'*uxor* sulla dote durante il periodo classico del diritto romano. — Palermo. (Estr. dal *Circolo Giuridico*).

CANTARELLI L., Il vicariato di Roma (da Diocleziano alla fine dell'impero occidentale). — Roma, 1894. (Dal *Bullettino della Commissione Archeologica*).

CARUSI E., Il diritto romano nella scienza e nella scuola moderna. — Prolusione. — Roma, Pallotta, 1894.

CHAMEVEL L., De l'usufruit des forêts, en droit romain et en droit français (Thèse). — Saint-Amand. — Destenay, 1893.

CHAMPEAU E., La stipulation pour autrui et le principe qu'on ne peut acquérir des droits par autrui en droit romain. La stipulation pour autrui en droit français (Thèse). — Paris, Larose.

CHIRONI G. P., Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno, vol. I (parte generale). — Torino, Bocca, 1894.

COHEN HERMANN, Ad. L. 44 § 1 D. De aedilicio edicto 21, 1. — Berlin, 1892.

CORBE H., Etude comparée de la nature et des caractères de la « lex vicesima hereditatum » (Thèse). — Rennes, Le Roy.

CORNU A., Des cours d'eau en droit romain (Thèse). — Saint-Amand, Destenay, 1893.

Corpus Juris Civilis, nella sua miglior lezione, ecc. — Istit. libr. XXXXVIII-L fasc. 65-70. — Roma, Perino, 1892-1893.

COSTA E., Papiniano; Studio di storia interna del diritto romano, Vol. I. (La vita e le opere di Papiniano). Vol. II. (Lo status personae). — Bologna, Ditta Nicola Zanichelli, 1894.

CRUVEILHIER I., Du colonage partiàire en droit romain. — Paris, Rousseau, 1894.

CUÉNOT, De la condamnation à l'époque des actions de la loi. — Paris (Thèse).

CUQ E., Recherches sur la possession à Rome sous la république et aux premiers siècles de l'Empire. — Paris, Larose, 1894. (Nouvelle Revue historique de droit français et étranger, vol. 18).

CZYHLARZ C., Lehrbuch der Institutionen des Römischen Rechts. — 2^e Aufl. — Prag, F. Tempsky, 1894.

DEBRAY, Représentation en justice par le cognitor. — Paris (Thèse).

DENREY W., Des empêchements de mariage en droit romain. — Paris, Rousseau (Thèse).

EMMERICH C., De l'action hypothécaire en droit romain. — Paris, Pedone, 1894.

FADDA C., L'azione popolare, studio di diritto romano ed attuale. Vol. I parte storica. — Diritto romano. — Torino, tip. ed., 1894, L. 8.

FADDA C., L'arte e gli artisti nel diritto romano. — Genova, R. Stabilimento tip. lit. Martini, 1894.

FALCONE G., *Regulae juris*. Esposizione sistematica in confronto al Codice civile italiano. — Torino-Palermo, Carlo Clausen, 1894, L. 5.

FERRINI C., Contributi allo studio critico delle fonti del diritto romano. Nota I. I libri ad Plautium di Paolo. — Modena, Società tip. modenese, 1894.

FERRINI C., Contributi allo studio critico delle fonti del diritto romano. Nota II. Le cognizioni giuridiche di Lattanzio, Arnobio e Minucio Felice. (Dalle Memorie della R. Accademia di lettere, scienze ed arti di Modena). — Modena, 1894.

FONTENAY R. de. Dissolution des justae nuptiae par le divorce en droit romain. — Paris, Rousseau, 1894.

FREEMAN E. A., History of federal Government in Greece and Italy, I. B. Bury. — 2^a ed. London 1893.

GABBA P., Contributo alla storia del diritto militare romano. Monografia premiata dal *Circolo Giuridico* di Siena, 1893.

GARBASSO G. L., Del diritto di sepolcro nel diritto romano, nel diritto canonico e nel giure moderno. — Casale, C. Cassone.

GARBELLI F., Le biblioteche in Italia all'epoca romana. — Milano, Hoepli, 1894.

GEIB O., Zur Dogmatik des römischen Bürgschaftsrechts. — Tübingen, Laupp, 1893.

GERBER P., L. 41 pr. D. de R. V. Ein Beitrag zur Lehre von der « in diem addictio ». Diss. — Göttingen, Vandenhoeck et Ruprecht.

GÖPPERT O., Ueber den Grund der Regel, heredi a semetipso inutiliter legatur. — Vandenhoeck et Ruprecht in Göttingen, 1894.

GRANDPERRET L., De la fonction originaire et normale de l'interdit uti possidetis. — Lyon, Impr. Rey, 1894.

GREENIDGE, Infamia its place in Roman public and private law. — Oxford, 1894, Clarendon.

GRIVAZ F., Étude sur le legs de dot en droit romain. — Paris, Rousseau, 1894.

GSELL S., Essai sur le Règne de l'Empereur Domitien. — Paris, Thorin et fils, 1894.

GUELPA L., Il diritto romano nella evoluzione del diritto privato moderno. — Firenze, 1894.

GUIRAUD P., La propriété foncière en Grèce jusqu'à la conquête romaine. — Paris, Hachette et C.

HAMBURGER I., Het Rechtskarakter van het « Iusjurandum voluntarium » naar Romeensch Recht. — Utrecht, L. E. Boosch et Zoon, 1894.

Hilfsbuch zum studium der Pandekten, insbesondere zu Dernburgs P. — I. Abth. Berlin, Müller, 1894.

HÖLDER E., Institutionen des römischen Rechts. 3 rev. Aufl. 1894, Mohr, Leipzig.

HOLLANDER H. VON., Vis major, als Schranke der Haftung nach Römischem Recht. — Gustav Fischer. Jena, 1894.

HRUZA E., Polygamie u. Pellikat nach griech. Rechte. — Leipzig, Deichert.

JÖRS P., Die Ehegesetze des Augustus (Aus « Festschrift für Theod. Mommsen). — Marburg, 1894.

JAEGER E., Das Vorkaufsrecht nach gemeinem Rechte. — Marburg, Ehrhardt.

JHERING R., Der Zweck im Recht, 1 B. Dritte vom Verfasser durchgesehene Auflage. — Leipzig, Breitkopf et Härtel, 1893.

KARLOWA O., Römische Rechtsgeschichte. II: Privatrecht, Civilprozess, Strafrecht und Strafprozess. — 2. Leipzig, Veit 1894.

KRIWZOW A., Beiträge zur Lehre von den Juristischen Personen nach Römischem Recht. I, Die Deliktsfähigkeit der Gemeinde. Berlin, 1894.

KRUEGER P., Histoire des sources du droit romain. Traduit de l'allemand par M. Brissaud. — Paris, Thorin et fils, 1894.

KUNTZE J. E., Zur Geschichte des römischen Pfandrechts II. Leipzig, Edchuonn 1894.

LAFON DU CLUSEAU, L'accusation à Athènes (Discours de rentrée) — Aix, Impr. Remondet, Aubin, 1893.

LEX DUODECIM TABULARUM, e fragmentis veteris cujusdam jure-consulti emendata diligentia et curis indigni quiritem alumni Lugdunensi utriusque juris facultati aggregati. — Dijon, Darautière.

LICHTENSTEIN A., die Auslobung — Vandenhoeck. Göttingen.

MARESCAL A., Des moyens indirects de coercition en droit romain, Siardeset Brière. — 1894, Paris.

MAY G., Eléments de droit romain, 3^{me} édit. — Paris, Larose.

MEISTER W., Repetitorium des Pandektenrechts. 2 Aufl. — Göttingen, Vandenhoeck et Ruprecht.

MOMMSEN TH., Le droit public romain, traduit par P. Fr. Gerard. — Paris, Thorin et fils, 1894, tom. IV.

MOMMSEN TH., Abriss des röm. Staatsrechts. — Leipzig, Duncker et Humblot, 1893.

MOMMSEN TH. Aegyptisches Testament vom Jahre 189 n. Chr. Berlin, Sitzungsberichte der K. P. Akademie der Wissenschaften, 1894.

MORASSO M. Masculinum concipit ne femininum. Contributo alla teoria del genere nella lingua del diritto romano, I. — Milano, tip. Insubria.

ID. ID., Studio sui grammatici latini in relazione al diritto romano. I Charisius e Diomedes nel sec. IV dell'imp. rom. — Milano, tip. Insubria (Estr. dal *Pensiero Italiano*).

ID. ID., Contributo dei grammatici Diomedes e Charisius alla teoria del nome romano. — Genova, tip. Sordomuti (Estr. dal giornale *Ligustico*).

MORASSO M., Le pene contro i defunti e i famigliari del reo (dall' *Antol. giurid.*). — Catania, 1894.

MORASSO M., Studi sui grammatici latini in relazione al diritto romano. II. Jus, Consuetudo negli scritti di Charisius e Diomedes. — Catania (dall' *Antol. giurid.*) 1894.

NIKONOFF S., Lehre v. der Sequestration n. r. R. (Beiliegend: Bonae fidei possessor fructus suos facit, Auszug a. d. Werke v. Pr. Kremlow, Separation als Eigethumserwerbsart d. gutgläub. Besitze 1888). Berlin, 1894.

NIUTTA ILARIO, Saggio della storia dei diritti di famiglia. II^a Ed. — Napoli, Stab. tip. letterario 2 De Bonis, 1893.

NYS E., Les origines du Droit International — Paris, Thorin et fils, 1894.

PALMIERI G. B., Biblioteca dei glossatori. Thomae Diplovatii, De praestantia doctorum opus, Vol. I, fasc. I. — Bologna, P. Virano.

PELTIER F., De la caution praedibus praediisque — Paris, — Rousseau, 1894.

PEPERE F. Se il Cristianesimo sia continuità del sistema morale e giuridico dei Romani. Memoria Napoli. — (Estr. dagli *Atti dell'Accademia di scienze morali*, di Napoli).

PFAFF J., Ueber den libertus orcinus — Wien, Tempsky.

POGGI G., Del testamento congiuntivo. Tesi di Laurea. — Perugia, Boncompagni.

PÖHLMANN R., Geschichte des antiken Kommunismus u. socialismus. — München, C. H. Beck.

PUCHTA G. F., Institutionen. — Zehnte Auflage, nach dem Tode des Verfassers besorgt vom Paul Krüger. 1 u. 2 B. — Leipzig, Breitkopf et Härtel, 1893.

QUESNET L., Le droit budgétaire des cités sous l'empire romain (Thèse) — Paris, Rousseau.

RAMBAUD P., Explication élémentaire de droit romain pour la préparation aux examens de licence et de doctorat. 2 vols. — Paris, Chevalier-Marescq.

RAMBAUD P., Résumé de droit romain pour les premiers et deuxièmes examens de licence. — Paris, Chevalier-Marescq.

RAMPONI L., Le condizioni di celibato e vedovanza nei testamenti e nei contratti (art. 850 C. C.) — Firenze, Nicolai.

REGELY ARTH., Das jus offerendi in alter und neuer Zeit unter Berücksicht der dasselbe betreffenden Bestimmungen des Entwurfs eines burg. Gesetzbuches für das D. R. — Berlin, Weber 1894.

ROSSI P., Le istituzioni di beneficenza nell'antica Rnma. (Dagli Studi Leccesi). — Torino, 1894.

ROUX, Étude historique sur la loi de la correspondance des formes. (Thèse). — Paris.

SADOUL L., De la bonorum venditio en dr. rom. — Paris, Rousseau 1893. (Thèse).

SAVIGNY, Sistema del diritto romano attuale, trad. di V. Scialoja. Disp. 50^a 51^a. — Torino, Un. Tip. Ed.

SILVESTRI LETO GIOVANNI, L'interdictum Utrubi nei frammenti Vaticani. — Palermo, Clausen 1894.

STINTZING W., Nondum est ex empto actio. Eine Untersuchung der Lehre der Exceptio non adimpleti contractus. — München, Th. Ackermann. 1894.

TERQUEM H., De la responsabilité des propriétaires de navires à raison des faits et actes du capitaine en Dr. R. — (Thèse). — Paris, Rousseau, 1893.

TESSIER A., De la compensation en Droit Romain (Thèse). — Paris, Larose.

TOURNIER F., Histoire du titre putatif en matière d'usucapion en droit romain. (Thèse). — Paris, Rousseau.

VADALÀ-PAPALE G., Le leggi nella dottrina di Platone, di Aristotile di Cicerone. — Catania, Pansini, 1894.

VEILLCOWITSCH, Manus dans le mariage romain. (Thèse). — Paris.

VERRIER A., Étude sur la prohibition de l'usucapion des choses volées en Droit romain. (Thèse). — Lyon, Nicolas.

VIGNE, Rapports de la gestion d'affaires et de la stipulation pour autres. (Thèse). — Paris.

VILLONTREYS DE BRIGNAC G. DE, Du Sénat dans les municipes en Droit romain. Des attributions du conseil général et de la commission départementar en droit français. (Thèse). — Angers, Lochèse.

VINCIGUERRA, Per un reato di lesa scienza (« Le obbligazioni alternative nel diritto romano e nel diritto civile italiano », per S. Carnazza); Venezia, tip. Antonelli, 1893.

VOIGT M., Das sogenannte syrisch-römische Rechtsbuch. — Leipzig 1894 (Berichte der K. Sächs. Gesellschaft der Wissenschaften).

WILLIAMS J., Institutions of Justinian. Illustr. by English Law and ed London — Clowes, 1893.

WREDE RICH., Leitfaden der Institutionen des Römischen Rechts. — Berlin, Mayer und Müller, 1894.

L'EREDITÀ E IL SUO RAPPORTO COI LEGATI

nel diritto romano e nel diritto moderno

SOMMARIO.

1. Origine dell'eredità romana dalla successione nella sovranità entro la *familia*: origine dei legati dalle donazioni a causa di morte — Richiamo dei principali argomenti sviluppati in altri scritti dall'A.

2. Fautori — Oppositori — Oggetto del presente studio.

3. Critica delle obiezioni al concetto suesposto circa l'origine dell'*hereditas* — Critica della *successio in universum ius* o del succedere nei debiti *ultra vires*, dal punto di vista teleologico.

4. Ricerca del concetto dommatico dell'eredità romana — I. Teoria del diritto reale su di una *universitas* — Critica.

5. II. Teorie, per cui si rappresenta o si continua la personalità del defunto, acquistando *in conseguenza* il patrimonio come una *universitas* — Critica della rappresentanza o continuazione della personalità del defunto.

6. III. Teoria, per cui s'acquista *direttamente* il patrimonio come una *universitas* — Critica dell'*universitas*. Significato delle espressioni romane *successio in ius* o *in omne ius* o *in universum ius (defuncti)*.

7. IV. Teoria, per cui s'ha un mero acquisto universale, *per universitatem*, d'un complesso di rapporti patrimoniali, attivi e passivi (Brinz, Heusler e in parte Wächter) — Critica: si esprime solo un principio, non il concetto supremo dell'eredità romana.

8. Costruzione del concetto romano sulla base storica: l'eredità romana è l'acquisto di un *titolo personale*, il quale è causa e condizione necessaria per succedere nei diritti e negli obblighi del defunto — Dimostrazione dommatica.

9. Concetto moderno: l'eredità è un *puro e diretto acquisto patrimoniale* colla caratteristica che si succede ne' debiti anche *ultra vires* —

Pertanto la *successio in universum ius*, principio niente affatto equo, è l'unico elemento dell'antica eredità che, almeno formalmente, e in diverso atteggiamento, sopravviva nella moderna — Modo non romano e meno equo di determinare il successore ne' debiti.

10. Riprova dei concetti dalle conseguenze che inducono circa i rapporti dell'eredità coi legati. — La teoria del prelegato nel diritto romano e nel diritto moderno.

11. Crisi dell'antica eredità nell'epoca degli Antonini: L. 4 Dig. *de his quae in test. ind. vel del.* 28, 4 di Marcello.

12. Giustificazione del presente scritto — Valore del diritto romano pel concetto naturalistico degli istituti di diritto.

1. In diversi scritti io sostenni che l'eredità romana ebbe origine dalla successione primitiva nella sovranità entro la *familia* romana. Era nel germe un'idea della scuola del mio maestro Scialoja. Occupandomi della costituzione de' gruppi sociali primitivi e riguardando questi e la *familia* romana come vere società politiche destinate a tutti gli scopi di una agglomerazione politica e ordinate in guisa corrispondente, m' accadde per la prima volta di fissarla e d'insistervi ¹. Quasi nel tempo stesso io la riaffermava in una recensione per spiegar l'origine della massima *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus* etc. e sempre in armonia con una più generale concezione della società primitiva ². Finalmente io la ripresi per darne una speciale dimostrazione in una lettura tenuta all'Istituto di diritto romano nell'ottobre 1890 ³. Alla lettura mi persuase e mi confortò l'avere il mio maestro fatto di pubblica ragione la sua vecchia idea in una precedente comunicazione allo Istituto con minor scandalo di quanto io temeva ⁴.

¹ Cfr. *Res mancipi e nec mancipi*, Roma, 1888-89, v. II, p. 320-324.

² Cfr. *Bull. dell' Ist. di dir. rom.*, anno 1888, pag. 249 (Recensione all'opera del Prof. CARLE: Sulle origini del diritto romano).

³ Pubblicata nel *Bull. dell' Ist. di dir. rom.* dell'anno successivo (1891) pagine 97-143, col titolo: *Origine dell'hereditas e dei legata*. A proposito della massima "Nemo pro parte testatus etc. „.

⁴ V. *Bull. dell' Ist. di dir. rom.*, anno 1890, pag. 176.

La teoria da me formulata nella memoria che io lessi allo Istituto di diritto romano era alquanto più radicale di quella espressa dal prof. Scialoja nella sua comunicazione. Io sostenni che delle due forme di successione, la testamentaria e la legittima, la prima non s'è affatto, presso il popolo romano, modellata sulla seconda, ma dovette in ogni tempo, e più ancora nelle origini, tenervi il primo posto.

Stimo opportuno richiamare i principali argomenti sviluppati in quel mio scritto.

Io partiva dal fatto che nella società più antica v'ha due istituti successorî, donde la successione patrimoniale privata può scaturire, e sono: 1° la successione nella sovranità del gruppo; 2° la successione ne' beni individuali o acquisiti, di esclusiva spettanza della persona; poichè i beni sociali appartengono al gruppo e non si possono trasmettere se non insieme coll'autorità sovrana al nuovo capo e rappresentante di esso. Determinati quindi i varî sistemi storici per la designazione del successore nel potere sovrano, io stabiliva che il fondo del sistema romano è la *designazione fatta dal predecessore*; poichè nello stesso Stato romano ebbe vigore in ogni epoca uno dei sistemi misti, nel quale però il momento caratteristico e perenne è la *designazione fatta dal predecessore*¹.

Ciò posto, la mia tesi era che la successione ereditaria romana deriva dalla prima corrente. Un primo indizio io ne trassi appunto da questo fatto che il modo precipuo di designazione dell'*heres*, cioè il testamento, non è che la designazione fatta dal predecessore. Un argomento più intrinseco mi forniva il contenuto

¹ Un curioso riscontro col sistema romano si ha nella vecchia tradizione russa, di cui la notizia è stata diffusa nel pubblico in occasione della recente successione al trono di Russia. Secondo quella tradizione, fissata come legge da Pietro il Grande, *il successore è determinato dalla libera scelta del precedente sovrano*. Di questo *diritto di designazione* fecero uso Pietro e tutti i suoi successori fino a Paolo I, il quale con legge di famiglia, emanata il 12 maggio 1797, sancì espressamente il *diritto di primogenitura* sulla foggia de' paesi occidentali. Il sistema antico era fors' anche un portato dell'influenza bizantina. (Confr. ciò che si usava in Napoli, Gaeta, Amalfi e in Venezia fino al 1032).

stesso dell'*hereditas*, che ricomprendeva già *ab antiquo* tutti i diritti e tutti gli obblighi del defunto ¹ e anche qualche cosa di più, i *sacra* e la tutela, la quale doveva in origine essere un potere identico alla *manus* o *potestas*; e insieme col contenuto, il fatto che la vera e tipica *successio in universum ius* trovasi congiunta sempre anche in altri istituti (*adrogatio, in manum conventio* etc.) coll'acquisto di un diritto di potestà personale e dipendente da esso. Ma la dimostrazione più efficace era basata sull'esame de' principî caratteristici dell'*hereditas* romana, che mentre sono tutti così perfettamente adatti e naturali circa il passaggio della sovranità, si ritrovano invece in gran parte disadatti e non naturali nella nuova funzione assunta dall'istituto, la quale li ha esauriti via via quanto alla sostanza nel diritto romano istesso, mediante la introduzione di una infinità di diritti singolari e di nuovi istituti paralleli, e li ha eliminati pienamente, si può dire, nel diritto moderno ². I

¹ Ed anche la successione testamentaria abbraccia l'universalità dei beni. Non v'ha memoria che la successione testamentaria, fatta astrazione dai legati, fosse mai ristretta a una categoria di beni (che avrebbero dovuto essere nella società romana le *res nec mancipi*), mentre invece, quando la successione basata sulla volontà del defunto derivò dalla seconda corrente o ne subì l'influenza, conserva pur sempre, in sostanza, una sfera limitata, o sotto forma di speciali masse di beni o sotto forma di quota disponibile.

² Io facevo richiamo al principio biologico della *trasformazione delle funzioni*. Non mi pare ora un lusso inutile riferire come il DUBREUIL (*Das Princip des Funktionswechsel*, Leipzig 1875) formulava questo principio: " Il succedersi delle funzioni in uno stesso organo (deren Träger ein und dasselbe Organ bleibt) ingenera la trasformazione dell'organo. Ogni funzione è la risultante di più componenti, di cui l'una costituisce la funzione fondamentale o primaria, mentre le altre rappresentano funzioni accessorie o secondarie. Il cedere della funzione principale e l'esaltarsi di una funzione accessoria muta la funzione totale (die Gesamtfunktion); la funzione accessoria diventa a grado a grado principale, la funzione totale diventa alla sua volta un'altra, e in conseguenza di questo processo verrà pure ad alterarsi lo struttura dell'organo „.

Tale principio non è del resto che un canone speciale della dottrina teleologica del Lamarck; dottrina ben più feconda ed importante per noi della selezione darwiniana, che nel campo sociale manca della sua base nè può quindi avere se non assai modeste e dubbie applicazioni. Forse anche i biologi, per quel che io ne sento da qualcuno, torneranno un giorno sulle orme del Lamarck, cui nemmeno la posterità ha reso ancora piena giustizia.

Ritornando sul nostro campo, sarà chiaro che nell'eredità la funzione accessoria in origine, diventata in seguito fondamentale, è appunto la trasmissione dei beni.

principali, di cui discorrevo l'evoluzione storica, sono: la successione nella buona o mala fede del defunto e ne' debiti anche *ultra vires*, il solo principio che il diritto moderno, o almeno il nostro, abbia serbato intatto, sebbene in guisa più formale che sostanziale; il concetto della *hereditas sine ullo corpore*; l'importanza del nome di erede, e la necessità della istituzione d'erede nel testamento; l'impossibilità di assegnare a titolo ereditario obbietti patrimoniali determinati; la successione *ipso iure* del *suus* e la necessità di adizione per l'estraneo; la revoca assoluta del testamento anteriore, per via di un testamento posteriore valido; l'incapacità di testare del *filius familias*, sia pure col consenso paterno; l'intransmissibilità dell'eredità deferita; il diritto singolare di accrescimento ereditario; e infine l'incompatibilità assoluta della successione testamentaria con la intestata, cioè la massima « *nemo pro parte ecc.* »

Io soggiungevo da ultimo che il diritto successorio ¹ degli altri popoli che si suol paragonare al romano, traendone conseguenze così torte e repugnanti ai principj ed all'evoluzione del diritto romano, deriva piuttosto dalla seconda corrente, cioè da quella specie di donazioni a causa di morte de' beni individuali, dalla quale proviene, a mio avviso, nel diritto romano l'istituto de' legati, che si accoppiò in seguito coll'eredità nell'unico atto del testamento.

2. Ebbi il conforto di vedere la mia opinione accolta da parecchi illustri cultori della nostra scienza e da qualche egregio studioso. Mi parvero persuasi i presenti alla lettura, cioè, oltre il prof. Scialoja, i proff. Fadda, Brini, Moriani, De Logu, De Ruggero, Trincheri. I primi due manifestarono anche pubblicamente l'assenso loro, il Fadda nelle sue note alle Pandette del Wind-

¹ Avrei dovuto dire "testamentario",.

scheid, ¹ il Brini nel suo corso sul diritto ereditario, tenuto nell'anno 1890-91 ². L'accettarono anche i proff. Palumbo, ³ Venezian, ⁴ Costa ⁵, Brezzo ⁶ e il mio collega Ascoli ⁷.

¹ Libro II nota e pag 615. — E recentemente, con ottime considerazioni, in una vasta opera sull'*Azione popolare*, Torino 1894, pag. 163-164.

² Ciò rilevo dalla prolusione del prof. COSTA, suo discepolo: "*La familia romana da Adriano ai Severi*", (Bologna 1892). V. Nota *in fine*.

³ *Testamento romano e testamento longobardo*, Lanciano 1892. — Lavoro vasto nella concezione, abbracciando tutta la successione primitiva, nonchè chiaro e robusto nell'attuazione. Il Palumbo rilevò il mio concetto (ed è il solo) sin dalle *Res Mancipi*.

⁴ *La causa nhl diritto civile italiano*, Roma, 1892, pag. 53, n. 1. — Il Venezian accetta pure la mia opinione che i legati non sieno se non un istituto corrispondente in origine alle donazioni a causa di morte dei beni individuali, fuso poi col testamento. Per equivoco egli attribuisce questo pensiero al FADDA.

Io richiamava il Fadda, accogliendo, come consona al mio modo di vedere, la sua idea che i legati sieno stati ammessi per la prima volta nella forma più recente di testamento (*per aes et libram*), e l'altra che il principio delle XII Tavole "*Uti legassit super pecunia etc.*" sia da riferire precisamente a cotesta sanzione dei legati veri e propri.

A questo proposito mi cade in acconcio di osservare che niente imbarazza, anzi giova alla mia tesi il ritenere che nella legge delle XII Tavole fosse disposto anche circa la tutela, cioè che il testo fosse concepito, come è assai più probabile, "*Uti legassit super pecunia tutelare suae rei ita ius esto*". Il fatto che soltanto all'epoca delle XII Tavole o poco innanzi sia stato concesso di staccare dall'eredità la tutela, questo potere personale, in origine ricompreso nella *manus*, è perfettamente in armonia col mio modo di concepire l'evoluzione dell'eredità. E così mi par risposto adeguatamente all'obiezione seria, benchè limitata, mossami dal chiarissimo professore SCHNEIDER (*Kritische Vierteljahresschrift*, v. 36, anno 1894, pag. 69).

⁵ Dapprima nella citata prolusione al corso di storia del diritto romano: dipoi anche nel suo studio "*Sopra la natura giuridica della sostituzione pupillare*", pubblicato nel *Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, 1894, pag. 245-332.

Già nel primo scritto il Costa accennava, ed ha poi sviluppato nel secondo, una valida riprova della tesi presente, desumendola dallo svolgimento della sostituzione pupillare, cioè dalla trasformazione che tale istituto ebbe a subire per opera dei giureconsulti che succedessero all'epoca giuliana. Ciò corrisponde al suo pensiero che la trasformazione radicale della famiglia e dell'eredità abbia avuto luogo nel periodo tra Adriano e i Severi e si possano stabilire come rappresentanti dell'un momento e dell'altro Giuliano e Papiniano, rispettivamente. Io stimo in sostanza ragionevole e fondata l'idea del Costa circa il momento critico, dirò così, de' due tipici istituti romani, e vi tornerò su nella conclusione al presente scritto.

Erra però il Costa nel ritenere che del passaggio dalla successione sovrana alla successione patrimoniale già porgesse "cenni abbastanza precisi", l'HÖLDER. Tanto nei suoi *Beiträge zur Erkenntnis des röm. Erbrechts*, quanto nel suo articolo contro lo SCHIRMER (*V. Zeitschr. für Sav. Stift.* vol. III, pag. 211-219) di un simile concetto lo Hölder non porge il menomo cenno e non ve ne può nemmeno esser la menoma traccia in lui, dato il suo modo di vedere. L'idea che muove l'Hölder è quella ben diversa

Si manifestarono invece contrari il prof. Buonamici in una recensione allo scritto del Costa,⁸ e il prof. Filomusi nelle sue lezioni sul diritto di successione tenute nell'anno 1892-93⁹.

e vecchissima del condominio familiare: e contro lo Schirmer egli ritiene che i figli non abbiano *ab origine* un diritto innato e comune al patrimonio, ma lo acquistino al momento della morte del *paterfamilias*.

La spiegazione poi ch'egli offre del succeder ne'debiti è delle più bizzarre che si possano immaginare e delle più opposte alle mie idee. Secondo l'Hölder, il *suus* è responsabile dei debiti, perchè la potestà del creditore sulla *familia*, che è accessione dell'esistenza personale del debitore, perdura anche dopo morte come potestà sul residuo della medesima esistenza personale, cioè sulle persone, ch'eran soggette al defunto, e in difetto sulle cose. Quanto all'erede per testamento (l'Hölder, noto anche a proposito, ritiene che la successione testamentaria siasi sviluppata posteriormente, modellandosi sulla *domestica hereditas*) egli v'è tenuto, perchè col testamento viene ad esser sottratta ai creditori la potestà sul patrimonio del defunto, e quindi è giusto che per compensarli della perdita e della *espropriazione* (sic!) ch'essi vengono a subire, all'acquisto del patrimonio per parte dell'erede vada congiunta la responsabilità pei debiti.

Si vede che per l'Hölder, come per la comune degli scrittori, il concetto patrimoniale della obbligazione e il concetto più moderno che il patrimonio del debitore è la garanzia dei suoi creditori dev'essere antico, gridi pur la storia il contrario, quanto Adamo ed Eva. E dato che il patrimonio del defunto fosse la garanzia dei suoi creditori, agli stessi scrittori sembra perfettamente logico che l'erede venisse obbligato a pagare i debiti del suo, anche *oltre quel patrimonio*: l'abito di ragionare in un modo prefisso non fa più scorgere l'assurdo di una simile colleganza. Noi vedremo quali legislazioni civili e indipendenti dal diritto romano abbiano seguito veramente questo scopo di garanzia dei creditori e come logicamente e nella misura debita l'abbiano attuato.

Al solito poi, come l'Huschke, come il Windscheid, come tutti coloro che ne discorrono, l'Hölder considera i *sacra* quali *debiti del defunto verso gli Dei*. E così, dissimulando sotto questa veste meschina una grave funzione comune a tutti gli organismi politici dell'ero antico, si rinuncia volontariamente a uno de' tanti mezzi, per cui giungere alla concezione vera della *familia* e dell'eredità primitiva.

È in equivoco anche il VENEZIAN, richiamando il SUMNER MAINE circa l'origine da me sostenuta dell'eredità. Il Maine non si è elevato al di sopra della patrimonialità nel diritto successorio. Egli intuiva bensì che la famiglia antica è un organismo diverso dalla moderna; ma non intese che ciò nasce dall'essere "un organismo politico", in lato senso. Questo gli sfugge così completamente ch'egli vuol ritrovare ad ogni costo nella parentela il vincolo che tiene strette le persone, e che non è invece, come tutti gli elementi rivelano, se non lo stesso vincolo che lega tra di loro i cittadini di uno Stato. La terminologia diventata comune "gruppi sociali", non compromette, se si vuole, ma non dice nulla, perchè anche la famiglia moderna è un gruppo sociale; soltanto, essa non è un gruppo sociale destinato agli scopi di una agglomerazione politica e organizzato per questi. È falso anche il ritenere che quei gruppi sociali primitivi fossero un qualcosa d'intermedio e di misto tra familiare e pubblico. La famiglia nel seno moderno, padre, madre, figliuoli, co'suoi rapporti e i

Intendo col presente scritto, ribattute prima alcune obiezioni dei miei illustri oppositori, di conseguire ancora una riprova delle mie idee dalla determinazione del travagliato concetto dell'eredità

suoi scopi esiste entro quei gruppi, nè si confonde con essi, nemmeno in quello pur così ristretto della *familia* romana. Soltanto essa riesce da quelli dissimulata e nascosta di fronte all'organismo politico superiore.

La vera differenza tra la società primitiva e la società moderna io tentai di fissarla in altri miei scritti. Essa non istà in una diversità di fondamento e di natura nelle agglomerazioni sociali, non istà in una pretesa antitesi tra periodo familiare o gentilizio e periodo statale o politico; essa sta nel difetto di concentrazione dell'autorità politica, nell'esser questa durante le età primitive diffusa per una serie di organismi compatti, l'uno soprastante all'altro (Sono lieto che queste mie idee abbiano finalmente conquistato nel pubblico un solo, ma preziosissimo fautore, il FADDA *Azione popolare*, pag. 309).

Nondimeno è certo che siamo col Maine in una corrente di studi che presto o tardi a questo fine doveva sboccare; e non m'accade quindi al riguardo di avere quella sorpresa che in altra occasione io provai, vedendo citati a proposito delle mie idee sulla natura e la origine delle *res mancipi* da uno scrittore italiano il Bechmann (*Brezzo La mancipatio*, Torino 1891, pag. 17, nota 49), da un francese lo Jhering (*Audibert Nouv. Revue hist.* 1891, pag. 800).

⁶ *La massa ereditaria e il suo riparto*, Bocca edit. 1894, pag. 34-35. — E di nuovo debbo avvertire, sia per tutela della proprietà ideale del concetto, sia per non alterarne il significato e le conseguenze specifiche, mettendolo insieme con altri assai diversi e non nuovi, che le citazioni degli scritti precedenti del CUQ, del FADDA, del FERRINI sono assolutamente fuori di luogo.

Il CUQ (*Recherches hist. sur le test. per aes et libram* (*Nouv. Revue*, 1886, p. 533-586) è agli antipodi col mio concetto. Siamo sempre nel campo della più schietta patrimonialità, e precisamente su quel vecchio terreno del condominio familiare. L'autore è di quelli che prendono la posizione più decisa in favore di cotesta proprietà collettiva della famiglia e quindi nega che in presenza di *sui* potesse il *paterfamilias* trasmettere con questo atto l'intero patrimonio. Non iscorgendo che patrimonio, anch'egli, secondo le idee correnti, stima l'eredità romana una costruzione artificiosa troppo, un'astrazione inconcepibile per le menti primitive, e quindi asserisce che "l'eredità non era altro in origine che la collezione delle cose corporali già pertinenti al defunto; essa non ricomprendeva nè crediti nè debiti (pag. 542)"; e prova questo assunto precisamente col dimostrare che le obbligazioni non avevano nell'antica età romana carattere patrimoniale! E cento e cento altre conseguenze esprime il CUQ, dedotte logicamente dalle sue premesse e in mirabile opposizione colle nostre!

Quanto al FADDA e al FERRINI essi non si occupano nemmeno della successione ereditaria, nè propriamente della fonte onde scaturì il legato. Gli è pertanto un altro equivoco se il Brezzo, come il Venezian, richiama il Fadda, che io cito per questioni speciali, e gli attribuisce la mia idea delle due correnti, onde può emanare il diritto successorio e della fusione avvenuta, a parer mio, nel testamento romano.

A ogni modo cotesto diffondersi spontaneo delle mie idee che, vecchie solo di tre o quattro anni, o al più di sei, calcolando dalle *Res mancipi*, si perdono già nel patrimonio acquisito dal pubblico, talchè i miei colleghi di studio, stimando forse,

romana, dal suo confronto con la moderna, dal rapporto rispettivo col legato e principalmente col prelegato.

3. Al prof. Buonamici il mio concetto fece l'effetto di una astrazione, sulla quale i Romani, seguaci piuttosto delle pratiche utilità nella formazione de' loro istituti, non avrebbero mai creato l'istituto dell'eredità. Forse, leggendo il mio scritto, l'illustre autore si sarà già persuaso che i principî dell'eredità romana non risultano, secondo i miei concetti, modellati su d'una astratta idea, ma conformi ad una funzione concreta, alla quale quei principî sono necessari in qualunque stadio di civiltà. Essi incominciano per vero a diventare una mera astrazione col nuovo carattere assunto dall'eredità, ma non è allora che i Romani li han creati, bensì da quel momento si sono occupati di restringerli o demolirli, o di eliminarne indirettamente l'efficacia mercè l'introduzione di pratiche ed utili istituzioni, come il codicillo, i fedecomessi, il *beneficium abstinendi* e il *beneficium inventarii*.

Opposizione più decisa e più viva incontrò il mio concetto nel Filomusi. Dopo averlo accennato e respinto, ecco come egli si esprime: « Altri invece, specialmente il Pernice, hanno sviluppato completamente e, secondo noi, convincentemente l'idea, che il concetto della eredità, quale si ha nel diritto romano più avanzato, non fosse originario, ma sorto poi per le esigenze dell'economia monetaria e capitalistica e per lo sviluppo dell'istituto del patrimonio, concetti questi troppo tecnici per potersi presumere in un diritto primitivo. Malgrado le osservazioni del Bonfante che non si debba dare gran valore ai risultati del diritto comparato per

inconsapevolmente, più ragionevole e più degno attribuirle a nomi illustri che a un povero nome e per giunta paesano, le danno come vecchia scoperta di celebri autori francesi, tedeschi, inglesi, mi par che voglia dir molto a favore della loro verità e del loro valore e mi consola pertanto assai.

¹ Nel suo corso sul diritto di successione tenuto nell'anno 1892-93.

² *Arch. Giur.* 1891, pag. 101-102.

³ E recentemente nel *Digesto Italiano* alla voce *Successione*.

decidere di tali questioni, noi, in mancanza di notizie storiche sullo sviluppo di un istituto, servendoci di nozioni psicologiche, ricerchiamo nella psicologia de' popoli le condizioni sotto le quali può nascere un istituto, e diciamo che questo istituto non può esser nato quando queste condizioni non esistevano. »

« Il fatto che le moderne legislazioni accettano il concetto dell'*hereditas* come *successio in universum ius* non si può spiegare semplicemente colla sola tradizione storica, ma attesta l'esistenza di una interna ragione che lo mantiene ¹. »

Ora si vede chiaro che l'illustre professore è preoccupato dall'idea, giusta in fondo, sulla quale ritorna più volte, che il concetto romano dell'eredità, per essere abbastanza artificioso, non abbia potuto sorgere in un'età primitiva. ² D'accordo; ma io vado più in là e asserisco che quel concetto, appunto perchè artificioso e innaturale, non poteva sorgere nemmeno in una età progredita. Se è nato, ciò deriva soltanto dal fatto che l'eredità nell'epoca primitiva aveva una diversa funzione, data la quale i principî romani sono perfettamente naturali. Il Filomusi, e forse altri oppositori, non osservano che il merito dell'idea da me svolta è di distruggere quell'artificio ed evitar di supporre un comprendonio astratto e metafisico così nelle genti primitive come nei decemviri o negli antichi giureconsulti romani. Dato che l'eredità primitiva era un trapasso della sovranità, è naturalissimo, e osservabile anche oggi, così nella Nuova Zelanda come in Italia, che non si possono avere due sovrani designati l'uno dalla nascita, l'altro dall'elezione o dalla nomina del predecessore; è naturale che il successore risponda degli atti del suo predecessore e degli obblighi assunti da lui; è naturale che il conferimento del titolo

¹ *Lez.* pag. 67-68. — Riferisco dalle lezioni, ove la critica del mio concetto è più diffusa e diretta. Il contenuto dell'articolo inserito nel *Digesto* non è peraltro diverso.

² *Lez.* pag. 63. — *Dig. it.* voce *Successione*, n. 5, pag. 387.

sia tutto e l'acquisto del patrimonio non altro che una delle tante conseguenze, come l'assunzione dei *sacra* e delle altre funzioni; e così via divengon naturali tutti i principî supremi dell'eredità romana, che tanto rovello hanno inflitto. La *psicologia dei popoli* è adunque a mio favore ¹.

Il fatto che le moderne legislazioni accettano il concetto dell'eredità romana non significa nulla, perchè il fatto non è vero. L'in-

¹ E cade anche l'obbiezione ch'io non tenga il debito conto del diritto comparato. A dire il vero, è difficile trovarne un'altra ch'io meriti meno. È degno di nota, ma perfettamente naturale, che autori così poco teneri del diritto comparato, come ad es. il PERNICE, sien proclivi a valersene così alla ventura, senza alcun criterio storico e razionale. Io m'occupai piuttosto lungamente in altro mio scritto delle condizioni, cui deve rispondere la comparazione per esser vera induzione storica (*Res mancipi*, vol. II, pag. 264-266). Ora comparare istituzioni così profondamente diverso nella struttura, come sono da un lato il testamento romano e la sua istituzione d'erede, dall'altro le donazioni a causa di morte dei beni acquisiti, che simulano un testamento e si confondono poi con esso in quel caos istorico del Medio Evo, mostra il più assoluto abbandono d'ogni buon criterio.

Fino a qual punto possa giungere la falsificazione del diritto romano in materia di successioni per questo cieco uso del diritto comparato lo rivela nel modo più maraviglioso uno scrittore francese, il quale, per dimostrare che i Galli non avevan testamento, nota che Cesare non dice che i Druidi avessero giurisdizione sui *testamenti*, bensì sullo *eredità*. Ora (aggiunge lo scrittore) "César qui parle toujours la langue d'un historien exact sur tous les points qu'il traite dans ses précieux Commentaires s'est exprimé ici comme les jurisconsultes, qui le plus souvent appellent *hereditas* la succession *ab intestat* ou *legitime* et *testamentum* la succession *déférée* par la volonté de l'homme (!!!)" "E peggio, s'è possibile, in nota: "Cicéron — *Top.* VI — prend ce mot pour exemple d'une définition: *hereditas est pecunia, quae morte alicuius ad quempiam pervenit iure, nec est testamento relicta* „ Nel testo di Cicerone l'ultima parte suona veramente così "nec LEGATA testamento nec usucapione re'ntia „: ma via, anche se vi si leggesse *relicta*, il diritto romano ci obbliga a riferir l'inciso ai legati e non all'eredità testamentaria. L'autore è BOISSONADE, *Hist. de la réserve héréditaire*, Paris 1873, n. 172, pag. 157 e nota.

In un altro luogo lo stesso autore asserisce con faccia sicura che il testamento romano è una importazione greca: "ils l'ont EVIDEMMENT emprunté ou imité des Grecs „ (pag. 63).

Eppure codesto libro, che strazia in guisa così perversa il diritto romano per un uso leggero della comparazione, è buono in molte parti: e per una strana combinazione l'autore, nella nota che succede a quella ove riferisce così alterato e monco il passo di Cicerone, alla stessa pag. 157, c'insegna che lo CHAMBELLAIN ha tolto ogni valore storico-giuridico al famoso motto di Simmaco "Gignuntur, non scribuntur heredes" (*Epist.* I, 15) semplicemente col provocar la lettura dell'intero passo, ed osserva molto giudiziosamente: "On voit une fois de plus combien il est dange'reux de tronquer les citations „.

terna ragione, cioè lo spirito che anima l'istituto dell'eredità, nonchè mantenere in piedi il concetto romano, l'ha completamente annientato nel diritto moderno. I principi fondamentali dell'eredità romana sono spariti del tutto senza lasciar traccia di sè. Un solo ne sopravvive, e in gran parte formalmente, la successione nei debiti anche *ultra vires* e nella buona o mala fede del defunto. Ma questo solo principio ci rappresenta esso tutto il concetto dell'eredità romana? E che cosa erano allora tutti quegli altri? Capisco: non vi dà imbarazzo il bisogno e il valore essenziale dell'istituzione di erede; vieto formalismo! E nemmeno vi dà imbarazzo la revoca assoluta di un testamento anteriore per effetto d'un testamento posteriore, senza riguardo alle disposizioni patrimoniali compatibili; interpretazione rigorosa! Ma volete seguire con tutti i principi supremi dell'eredità romana un metodo così antiscientifico, così meschino, per chiamarlo col suo vero nome? A ogni modo ve n'ha di quelli, e sono poi la maggior parte, che vi sfuggono. Respingete pure l'idea da me svolta che li spiega e li riassume tutti; dichiarate pure quei principi inesplicabili, sorprendetevi davanti all'enigma del *nemo pro parte testatus* ecc., che non è niente più enigmatico degli altri. Rinunciando a conoscerne le ragioni, non li cancellate per questo dalla successione romana. Ora li concepite voi nel vostro sistema come principî tutti di diritto singolare? Spero di no. Essi derivano adunque dal concetto dell'eredità romana; e poichè al diritto e alla coscienza moderna sono tutti estranei, repugnanti, poichè sono tutti inconcepibili per noi, è forza inferirne che le moderne legislazioni accettano il concetto dell'eredità romana quant'io accetto le idee del prof. Filomusi in proposito.

Ma chiudiamo gli occhi su queste altre regole; sarà di esse quel che sarà. Concediamo l'assurdo: che la successione *in universum ius*, la cui caratteristica speciale è il succedere nei debiti anche *ultra vires* e nella buona o mala fede del defunto, ci rappresenti tutta l'essenza dell'eredità romana. Il dotto professore, accettando

una delle idee meno felici del PERNICE, stima tale *successio* un portato di interessi capitalistici e commerciali. « Quando si sostituisce nel campo delle obbligazioni alla garentia personale la garentia reale, ed alla *manus iniectio* l'esecuzione sui beni, allora deve essersi formato il concetto giuridico del patrimonio. Questo avrebbe raggiunto il più alto grado di sviluppo, venendo considerato come perdurante nella sua integrità dopo la morte, per la soddisfazione dei diritti dei creditori. »

« Secondo il Pernice e il Bekker il concetto del patrimonio così sviluppato dovrebbe essere un presupposto del concetto della *hereditas*. Crediamo che l'esigenza del credito, che è stato il più forte impulso per la formazione del concetto tecnico dell'*hereditas*, è ora anche la più forte ragione che lo conserva nel diritto moderno.... Veramente non si può negare che l'istituto dell'*hereditas*, portando la possibilità che non solo l'autore, ma tutti gli eredi sieno obbligati degli impegni di lui, rafforzi il credito, specialmente personale. Ed è questa, a nostro parere, la ragione intima che mantiene questo concetto del patrimonio e dell'eredità, a spiegare il quale non varrebbe certamente la sola tradizione storica ». ¹ Lasciamo per ora questo concetto artificioso del patrimonio, che i Romani non ebbero mai, e che è una mera fantasticheria generata dalle false concezioni dell'eredità romana. Noto piuttosto che il preteso sviluppo dell'eredità, ben più che all'epoca in cui la garentia delle obbligazioni (e, potremmo aggiungere, la obbligazione stessa) ebbe assunto, per via della esecuzione sui beni, un carattere patrimoniale anzichè personale, si dovrebbe riportare per lo meno alle Dodici Tavole. La successione universale nelle obbligazioni, le Dodici Tavole pure la conoscevano; e invece col Pernice si verrebbe ad ammettere la formazione del concetto dell'eredità in un'epoca in cui si era già cominciato a scalzarlo. Siamo larghi peraltro anche

¹ *Lex.* pag. 69-70. — *Dig.* n. 5, pag. 387.

su questo punto: concediamo lo sviluppo. Ma credete sul serio che interessi capitalistici e commerciali potessero indurlo? Se tutto lo svolgimento posteriore del diritto romano consiste in una continua reazione così al principio della illimitata responsabilità dell'erede, come agli altri principi fondamentali dell'eredità romana! Se il beneficio d'inventario ha quasi eliminato di fatto la successione *ultra vires* nel diritto giustiniano! Credete sul serio che il diritto moderno la conservi? Se nessuno dei Codici moderni sancisce la successione *ultra vires* senza un ansioso studio di cautele, perchè essa non debba mai produrre alcun effetto, se non a condizione che l'erede lo voglia! Se un Codice come il sassone, così ammirato dal professore Filomusi, non ha saputo far meglio che abolirla!¹ Se lo stesso Codice prussiano, così tenero e così imbevuto dei principi romani, facendo omaggio alla regola romana e riconoscendo come diritto singolare il beneficio d'inventario, sancisce che l'erede non è obbligato per i debiti *ultra vires* « senza una chiara e precisa dichiarazione di voler essere obbligato! ».² Diciamo la verità: par

¹ *Cod. Sassone*, § 2328: " Der Erbe haftet für die Erbschaftsschulden, soweit die Erbschaft, einschliesslich der davon gezogenen Früchte und Zinsen und Dessen, was der Erbe der Erbschaft selbst schuldet, reicht „.

E naturalmente è anche limitata all'ammontar dell'attivo ereditario la responsabilità per il pagamento dei legati: cfr. § 2389.

² *Cod. Pruss.* P. I, Tit. IX, § 414: " Die Erklärung eine Erbschaft ohne Vorbehalt annehmen zu wollen, muss eine deutliche und bestimmte Entsagung dieser Rechtswohlthat enthalten „.

Ma v'ha un Codice delle Repubbliche Americane (il Messicano), ch'è la più sorprendente dimostrazione del valore formale di cotesto omaggio ai principi romani. Questo Codice, dopo aver pronunciato all'art. 3367 che l'erede « rappresenta la persona del defunto » ha tre articoli del tenore seguente:

Art. 3503: " L'erede non risponde dei debiti, dei legati nè degli altri oneri ereditari o testamentari se non sino all'ammontare del patrimonio ereditario (*sino hasta donde alcance la quantia de los bienes que hereda*) „.

Art. 3567: " In nessun caso l'accettazione produce confusione del patrimonio del defunto con quello dell'erede „ (!).

Art. 3568: " Qualunque eredità s'intende accettata con beneficio d'inventario, benchè non si dichiari (*aunque no se exprese*) „ (!).

Vera crudeltà legislativa; perchè questo si chiama inferire contro un ch'è morto al primo colpo di mazza e poi sognar che sia vivo. Il legislatore messicano, del resto molto pratico e commendevole, s'è immaginato, a quel che sembra, che erede voglia dire esecutore testamentario e la così detta rappresentanza del defunto a questo miri, non ad altro.

di sentire i popoli e i Rettori della Lega lombarda: « Giuriamo a Dio di voler governare a modo nostro la nostra città; giuriamo a Dio di cacciare oltre i monti d'Italia l'Imperatore e gli eserciti suoi, grandi e piccoli; giuriamo a Dio di non dargli nè mercato, nè pace, nè tregua, se non ci lascia fare il piacer nostro; di distruggere suoi beni e sue castella; *salva reverentia imperio debita!* »

Ma v'ha dei paesi che a questa reverenza formale ai principî romani non erano tenuti, e che, giunti al più alto grado di civiltà, non si sono sognati di costruire un concetto così artificioso dell'eredità e sancire la responsabilità *ultra vires* e la successione nella buona o mala fede del defunto. E guardate! Queste nazioni sono precisamente le più monetarie e capitalistiche e commerciali del mondo, l'Inghilterra e l'America ¹. Che inimicizia giurata e persi-

¹ Il LEHR, dal suo punto di vista francese, è indotto ad avvertire espressamente questa netta e logica posizione dell'erede nel diritto inglese: « L'erede non è tenuto dei debiti che sino a concorrenza del valore dell'*asset*, tutt'al più, e non ha alcuna precauzione a prendere per limitare a questo valore la sua responsabilità; *la sua personalità non si confonde punto con quella del defunto* » (*Droit anglais*, Paris 1885, pag. 700-701).

Ma negli scrittori inglesi di diritto la cosa è chiara, senza ch'essi abbiano a insistere sul principio; ed hanno ragione, perchè la logica è dalla parte loro. Il patrimonio del defunto è la garanzia dei creditori; e sul patrimonio del defunto essi debbono venir soddisfatti.

La legge inglese piuttosto s'è preoccupata di stabilire una graduatoria tra i debiti; si debbono anzitutto pagare le spese funerarie, le spese relative alla prova del testamento e simili; appresso, i crediti della Corona risultanti da sentenze o atti registrati o da contratti speciali; in terzo luogo i debiti privilegiati in base a statuti particolari; in quarto luogo i debiti registrati; in quinto luogo le obbligazioni risultanti da contratto speciale ovvero munite del sigillo della parte; in sesto ed ultimo luogo le obbligazioni non munite del sigillo della parte ovvero semplicemente verbali. (V. BLAKSTONE, *Commentaires sur les lois anglaises avec des notes de Christian*, trad. Chompré, Paris 1823, vol. III Lib. II, cap. XXXII, specialmente pag. 572-579). Alcuni scrittori reputano che si debba stabilire una graduatoria anche tra le obbligazioni dell'ultima categoria (*ibid.* pag. 574).

In un sol caso si è responsabili co' propri beni, e ciò avviene appunto quando nel pagamento de' debiti del defunto non si osservi l'ordine prescritto, cioè si soddisfi prima le obbligazioni d'un ordine inferiore (*ibid.* pag. 572). L'eredità che basti a pagare i debiti dicesi *asset* (dal franc. *assez*). Si può confrontare anche STEPHEN *New Commentaries of the Laws of England*, London 1890, vol. I, pag. 413 e segg.; vol. II, pag. 212; pag. 216 e segg. (per la graduatoria da seguire nel pagamento de' debiti

stente per il capitale e il credito dai tempi delle guerre puniche ai nostri giorni! Che tenerezza per il commercio presso quel popolo di agricoltori e di soldati, che antipatia per esso in queste nazioni di industriali, di mercanti e di banchieri!

Il vero è che soltanto gli Stati sono tenuti a soddisfare le obbligazioni contratte dalle generazioni anteriori, a pagarle, se abbiano carattere patrimoniale: soltanto gli Stati, se non pagano anche i debiti secolari, falliscono. Ed a ciò son tenuti, perchè lo Stato non

e il principio della preoccupazione nei debiti di grado eguale); WESTOBY *Resumé de législation anglaise*, Bruxelles, 1854, pag. 69-71.

Per le legislazioni civili degli Stati Uniti d'America (naturalmente quelle a tipo inglese) v. ad es. il WARTH *The Code of the West Virginia Whealing and Charleston* c. LXXXV, n. 11-26, pag. 666-667; c. LXXXVI, n. 1-7, pag. 668-669. L'ordine che nei pagamenti dee seguire l'erede, dato che l'*asset* non sia sufficiente a soddisfare tutti, è molto somigliante a quello inglese, cioè, spese funerarie, debiti verso gli Stati Uniti, tasse, ecc.; le *obbligazioni volontarie* costituiscon la quarta ed ultima categoria (V. pag. 667, n. 25).

Interessantissimo è poi uno scrittore più vasto di diritto americano, il KENT, *Commentaries on American Law* Boston 1867. Questi, esponendo il diritto vigente ora, per cui l'erede è tenuto poi debiti del defunto sino all'ammontare della sostanza del defunto, ci dà notizia del tempo, in cui non si rispondeva nemmeno in questa misura, ma solo sui beni personali, salvo eccezioni particolari; sicchè il principio attuale delle legislazioni anglo-americane è veramente un portato genuino dell'azione del credito e del commercio (V. KENT, op. cit., vol IV, pag. 463 e segg.). Dell'antico stato di cose si conserva traccia nelle graduatorie diverse stabilite anche ne' beni per il pagamento de' debiti ereditari.

Ma degno veramente d'esser meditato è il modo col quale il KENT espone e giudica il diritto ereditario di Roma: "Il diritto romano offre rispetto alla successione *diversi principii curiosi* (some singular provisions), insinuatisi nelle legislazioni successorie dei paesi continentali d'Europa. Il termine "erede", nella legge civile si applica egualmente alla successione volontaria e alla naturale. PER UNA STRANA FINZIONE LEGALE (by a strange fiction in the law) si riteneva che l'erede fosse una stessa persona col suo autore, *eadem persona cum defuncto*. Il patrimonio, nonchè acquisito per successione, si reputava che continuasse nell'erede, il quale succedeva nella persona e nel posto e nel patrimonio del suo autore e in tutti i suoi diritti ed obblighi... La sostituzione dell'erede al defunto era una specie di successione continua, SIMILE A QUELLA CHE DA NOI SI APPLICA ALLE CORPORAZIONI. Il creditore poteva rivolgersi contro l'erede, non solamente sino all'ammontare del patrimonio attivo (asset), ma su tutti gli altri beni dell'erede. Per rilevarsi dall'oppressione dell'onere di una simile responsabilità per tutti quanti i debiti dell'autore, avesse questi o non avesse un patrimonio attivo, l'erede non era tenuto ad assumere il posto di erede, ove non si fosse immischiato coll'eredità; e il Pretore gli concesse un anno per deliberare s'egli voleva accettare o rifiutare l'eredità... Giustiniano infine permise all'erede di salvaguardarsi e restringer la sua responsabilità ne' limiti del patrimonio attivo, che gli era devoluto, accordandogli

muore mai o non vuol morire almeno; e appunto perchè la *familia* romana era un perenne organismo politico e l'erede in origine un successore nel potere sovrano, le obbligazioni passavano integralmente in lui e si perpetuavano, finchè non fossero soddisfatte. Ma i singoli individui hanno ciascuno il suo posto e il suo diritto nel mondo; n'ha ciascuno abbastanza dei pesi che gl'incombono e delle proprie responsabilità. Pagare del proprio i debiti di un altro, vivo

il beneficio d'inventario. Qual compenso per questi *onerosi doveri* che gravavano l'erede, l'autore non poteva diseredarlo se non sino al quarto; e questa parte era chiamata quarta falcidia " (KENT. op. cit., v. IV, pag. 418) „ Dedico tutto questo squarcio americano agli adoratori dell'idolo della *successio in universum ius*.

Anche nel diritto musulmano l'erede non è obbligato del suo pei debiti del defunto. Cfr. ad es. *Statuto personale e successioni secondo il rito Anafita*, (Alessandria). Art. 588: " L'erede deve adempiere i seguenti obblighi: I Pagare le spese dei funerali e della sepoltura del defunto. II Soddisfare sulla totalità dei beni residui i debiti riconosciuti. III Eseguire il testamento del defunto sul terzo del rimanente dopo il pagamento dei debiti. — Ma queste sono, si capisce bene, legislazioni barbariche, indegne di considerazione, come il povero diritto germanico. Il colmo della civiltà è rappresentato dal fare a pezzi il corpo del debitore, senza incorrere nel pericolo di Shylock, e dall'addossare agli innocenti le dannose responsabilità dei trapassati. Ma, Dio mio, le XII Tavole non furon già compilate da Giuliano in collaborazione con Papiniano!

Del resto, com'ebbi già ad osservare (v. nota a pag. 7), se al mero scopo di " garanzia de' creditori „, non ad altro avessero mirato i primitivi romani, la sola costruzione logica e naturale sarebbe stata di conservare il patrimonio del defunto a tale scopo. E non solo; ma, soggiungo, anche la più vantaggiosa e sicura per il creditore, al quale il sistema dell'illimitata responsabilità personale dell'erede è quello che più imperfettamente provvede. Per garantire effettivamente i creditori c'è stato bisogno di conceder loro il beneficio della separazione, cioè di creare a lor favore un istituto rispondente appunto al beneficio d'inventario e determinante una specie d'ipoteca generale sui beni del defunto. E codesto beneficio della separazione così com'è organizzato, e il suo controverso rapporto col beneficio d'inventario sono poi un rovello terribile nella dottrina e nella giurisprudenza.

Anche oggidì, volendo abolire nella nostra legislazione la responsabilità illimitata dell'erede, il sistema inglese, che riserba ai creditori il patrimonio del defunto, sarebbe preferibile a quello della responsabilità personale dell'erede limitata al valore delle cose ereditarie. E altresì una certa graduatoria così nei crediti come nei beni devoluti al pagamento, a uso inglese, sarebbe cosa equa e opportuna.

Ma il sistema attuale, oltre all'essere inadeguato allo scopo, intralciato e confuso per la concorrenza di benefici diversi, rappresenta o una coazione immorale per l'erede scrupoloso, il quale non usa del beneficio d'inventario per tema di recare oltraggio alla memoria del defunto, o uno sprone all'immoralità per coloro che superano questo timore; senza contare il numero delle rinunce, che a tutti sembra, per quel ch'io n'odo, assai considerevole e tale da preoccupare.

o defunto, potrà essere nobile impulso di generosità; potrà essere anche debito ufficio di pietà, se questo altro non è un estraneo qualunque, ma il padre, il fratello. Ma nemmeno la morale più rigorosa può riguardare un simile atto come dovere assoluto; perchè la tutela della propria personalità e della sua libera esplicazione è un dovere per ciascuno, e la morale può bensì imporre entro certi limiti il sacrificio, ma non mai l'abnegazione assoluta e la rinuncia al proprio scopo nella vita per immolare sè stesso all'adempimento di obbligazioni, che sventura o colpa può avere accumulato sul capo altrui¹.

¹ Quanto alla successione nella buona o mala fede rinvio, per non dilungarmi, a ciò che n'ho scritto in una nota inserita nel *Foro Italiano* 1894, pag. 246-252.

Nel giudizio del principio romano godo di trovarmi pure d'accordo con un acuto romanista della scuola francese l'ACCARIAS, il quale così si esprime in proposito (*Précis de dr. Rom.*, v. I, pag. 790, n. 2): " Anche così ristretta (cioè tolline i *sacra*, che anche l'Accarias considera quali debiti verso gli Dei) l'idea della continuazione del defunto per l'erede non è, a mio modo di vedere, che una irragionevole finzione. Immaginata in origine per giustificare la trasmissione dei *sacra privata*, serve essa ancora oggidì per ispiegare l'obbligo illimitato dell'erede per i debiti del defunto. *Ma quest'obbligo stesso, condannato implicitamente da tutte quante le legislazioni che ammettono il beneficio d'inventario, mi par contrario all'equità.* Perchè, si dica pur quel che si vuole, il fatto è che l'erede non è giammai legalmente solidale col defunto, benchè in qualche eccezionale ipotesi la morale possa fargli un dovere di pagare i debiti della successione anche al di là dell'attivo „.

Considerazioni di cui al proposito non ho letto mai le più sensate e pratiche. Per vero la sola costruzione ragionevole, anzi perfettamente logica, delle obbligazioni eccedenti l'attivo dell'eredità sarebbe di considerarle come " obbligazioni naturali „ per l'erede. Il concetto della obbligazione naturale nel diritto moderno, giusta il mio modo di vedere (V. la mia nota nel *Foro Italiano* anno 1891, pag. 150-162), vi si riscontra; esse hanno carattere patrimoniale e possono venire imposte dalla morale; e il soddisfarle può essere già un indizio che le si reputino effettivamente imposte nel caso della morale.

Ma pure come obbligazione naturale l'obbligo di pagare *ultra vires* i debiti del defunto non sarebbe mai la più sicura e la più netta; perchè, è inutile, si tratta sempre in fondo di debiti altrui. E i Romani, giudici competenti, pronunciano che il figlio è obbligato dalla *naturalis ratio* a prestar gli alimenti al proprio padre, ma non a pagarne i debiti (Ulp., L. 5. § 16 D. *De agn. et al. lib.* 25, 3).

Anche con un altro scrittore francese io mi trovo per avventura d'accordo, ed è Emile ACCOLLAS, il quale ripetute volte esprime il concetto che l'erede non è in sostanza un rappresentante del defunto „ bensì " un mero successore ne' beni „ onde non dovrebbe esser tenuto de' debiti eccedenti l'asse, e il beneficio d'inventario " non fa che rimetterlo nelle condizioni razionali della devoluzione ereditaria „ (Cfr. *Man. de dr. civ.*, Paris, 1869-77, vol. II, pag. 59, n. 1; pag. 183; 222).

4. La teoria da me svolta e difesa circa l'origine dell'eredità avrà subito la prova del fuoco e prestato il miglior servizio se, coll'aiuto di essa, mi riuscirà di costruire un concetto concreto e sicuro dell'eredità romana, e fissare la differenza di essa dalla moderna. Giova però anzitutto premettere un breve esame critico delle teorie con cui si cercò di sciogliere l'enigma, riuscendo in genere ad avvilupparlo maggiormente, giacchè in nessun campo il vuoto e l'indeterminato della metafisica giuridica hanno esercitato un impero più largo e funesto.

L'eredità è un diritto reale su di una *universitas*: tale è l'idea più antica, onorata di una lunga tradizione dalla Glossa sino agli ultimi giuristi del secolo scorso¹. Il Thibaut nel suo sistema del diritto delle Pandette fa per l'appunto due classi dei diritti reali: diritti reali sulle cose, il cui oggetto non è un'*universitas*, e diritti reali, il cui oggetto è un'*universitas*; quest'ultima categoria è costituita dall'eredità².

Est autem Priscus dubiae sanitatis, e, a dire il vero, si potrebbe contestare all'Accollas il diritto di affermar le « basi razionali » di checchessia. L'opera sua non è propriamente un manuale di diritto, bensì una continua, spietata invettiva contro il Codice Napoleone e i suoi compilatori, nè l'autore è punto un giurista, bensì un fanatico rivoluzionario, cui la coscienza dei popoli, l'esperienza e l'evoluzione storica sono concetti e valori assolutamente ignoti. Purnondimeno il talento vivo e originale dell'A., la sua schietta, anzi passionata obbedienza al sentimento, (che naturalmente, senza ch'ei se lo immagini, non è un gran numero di volte se non l'espressione individuale della coscienza comune a una data epoca) e perfino il suo stesso spirito profano al diritto e sprezzatore del fatto e della storia lo traggono più volte a rappresentarsi senza esitanze la nozione del giusto e dell'utile contro le fallaci induzioni storiche e l'irrazionale adorazione dei dommi giuridici, che sventuratamente riescono così bene a calunniare la storia e il diritto.

Finalmente anche un illustre giurista tedesco, l'Eck, in una monografia sulla condizione giuridica dell'erede nel progetto di Codice germanico (*Die Stellung des Erben, dessen Rechte und Verpflichtungen in dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich* Berlin 1890) si pronuncia risolutamente per il principio germanico della responsabilità limitata. (Io conosco questo libro soltanto dall'ampia e sagace recensione che ne fa il Prof. G. Segrè nell'*Arch. giur.* v. 48, a. 1894, pag. 585-594; il Segrè pur con un certo riserbo naturale par favorevole alla tesi dell'A. e rileva il numero considerevole delle rinunzie e altre dannose conseguenze del sistema attuale).

¹ Così Voet, Eineccio, Ubero, etc. La ritengono anche Pfaff e Hoffmann.

² THIBAUT *Pand.*, Iena 1834, vol. II, pag. 341.

Esteriormente quest'opinione si presenta quasi come la più positiva e concreta. Ma intanto essa è quella che sfugge le maggiori difficoltà. Tale opinione nacque nella mente dei primi interpreti dal contemplare l'essenza unica e il carattere assoluto della petizione d'eredità, anzi fu proprio suggerita dall'essere la petizione d'eredità annoverata tra le azioni reali: e mentre con siffatta costruzione si poteva credere di aver spiegato nel modo più acconcio la natura dell'azione ereditaria, dovette anche parere che si desse ragione del carattere più appariscente dell'acquisto ereditario, la *successio in universum ius*. Gli altri principi, è naturale, restano nell'ombra; e per la stessa *successio in universum ius* tale concetto, dato pure che sia ammissibile in sè, non significa nulla; perchè la caratteristica singolare di essa, cioè la così detta rappresentanza del defunto, ne resta fuori. Se non che, ciò che più importa, cotesto diritto reale unico sopra un complesso di diritti, cotesto diritto reale che sparisce appena attuato è in fondo un assurdo; e poichè fortunatamente è questo un assurdo del quale il tempo pare abbia fatto giustizia, lasciamo questa opinione e passiamo alle altre che non sono ancora giù di moda.

5. L'opinione che divenne dopo questa la dominante, e si può ancora considerar come tale, è la celebre dottrina, per cui l'erede subentra nella personalità o subiezione patrimoniale del defunto, o rappresenta il defunto, e in conseguenza di questa successione o rappresentanza speciale subentra anche nel patrimonio concepito ora come un unico oggetto, ora come un diritto unico.

Il concetto della rappresentanza o del succedere nella personalità del defunto cominciò in origine con essere ciò che realmente è: una metafora o una finzione che ci porge modo di esprimere in una formula intuitiva e sintetica l'effetto patrimoniale caratteristico della *successio in universum ius*, cioè il succedere nella buona o mala fede del defunto e nei debiti anche *ultra vires*. Così è nella

Novella 48 di Giustiniano, ove si dice che l'erede o il defunto costituiscono quasi una sola persona ¹, così presso i Glossatori che dichiarano l'unità personale del defunto e dell'erede una *fictio*. Ma nei giureconsulti posteriori cotesta immagine e cotesta finzione retorica incomincia insensibilmente ad acquistare l'importanza di un istituto giuridico e di una vera finzione legislativa. Grozio è fra i vecchi uno di quelli che hanno costruito con maggiore nettezza questo concetto: il fondamento del diritto ereditario è, a suo avviso, nel fatto che l'erede « *personam defuncti refert, non in meritis, quae sunt mere personalia, sed in bonis* ». ²

Il Savigny è forse il primo che l'abbia colorito e sviluppato e altresì, indagandone le origini, abbia messo in voga le false intuizioni storiche che vi si ricollegano. Io riporto perciò il suo ragionamento, diretto a giustificare la costruzione artificiosa della eredità romana: « Potrebbe immaginarsi che una legislazione si limitasse a disposizioni, per le quali le singole parti del patrimonio, che rappresentano un valore, venissero ad essere anche in realtà acquistate dalle persone alle quali spetta il patrimonio vacante; con ciò si provvederebbe a quanto basta per il bisogno pratico immediato. Se però si pone mente alla vera essenza ed alle esigenze del rapporto giuridico di cui si tratta, si dovrà considerare il patrimonio come una unità, la cui base è da ricercarsi nella relazione di tutte le parti alla persona del defunto; e questo ci riconduce necessariamente a considerare il patrimonio come una mera quantità, facendo astrazione dalla varia qualità dei singoli elementi che concorrono a formarlo. In termini tecnici ciò si esprime così: Ogni successione ereditaria deve essere considerata come una *successio per universitatem*, a fianco della quale solo in via subordinata e

¹ Nov. 48: « *Utique nostris videntur legibus unam quodammodo esse personam heredis et eius qui in eum transmittit hereditatem* ».

² GROTIUS *De iure belli ac pacis* Francf. 1696, II, c. 21, § 19, pag. 675. — Sono in questa schiera: Cocceio, Volzio, Pufendorf e gli altri della scuola del diritto naturale.

come eccezione, può pure aversi una successione particolare in singole parti del patrimonio. È uno dei più notevoli fenomeni della storia del Diritto romano il modo chiaro e preciso, come in esso è stato riconosciuto e svolto questo principio, ed anzi solo in virtù del puro senso pratico, molto prima che potesse neppure pensarsi ad una elaborazione scientifica di questo istituto giuridico ».

« Da tutto ciò risulta che vi hanno due modi di considerare tutto il diritto di eredità, ciascuno dei quali è ugualmente vero ed importante. La successione infatti si presenta in primo luogo come un modo di acquisto di tutti i singoli diritti che fanno parte del patrimonio, come *adquisitio per universitatem*. In secondo luogo l'oggetto della successione apparisce come formante un diritto di natura propria e per sè stante, una *universitas*, ed a ciò specialmente si riferisce il modo particolare di far valere quel diritto. Entrambi questi due punti di vista si trovano compresi nel concetto, secondo il quale gli eredi formano col defunto una stessa persona, di guisa che questa viene continuata e rappresentata da essi ». ¹

È naturale che simili concetti non venissero intesi a un modo da tutti. Il Puchta tenta di concepire il rapporto così: « L'eredità è un diritto sulla persona del defunto, la quale si riguarda come immanente e perdurante nell'erede: e solo in conseguenza essa è un diritto sul patrimonio concepito come *universitas* ». ² Lo Scheurl raccolse in origine precisamente l'idea del Puchta, ³ ma dipoi abbandonò totalmente questo campo.

Fattori principali della continuazione o unità personale o della rappresentanza sono i seguenti scrittori, alcuni dei quali fecero i più grandi sforzi per costruire in questo senso il concetto dell'ere-

¹ SAVIGNY *Sistema del diritto romano* (trad. it. Scialoja) vol. I, pag. 380-382 (testo tedesco, pag. 383-384).

² PUCHTA *Inst.*, 2ª ed. Rudorff, Leipzig 1851, p. 217-220. — *Pand* 3ª ed. Rudorff, Leipz. 1856, pag. 631-632 § 446.

³ SCHEURL *Beiträge*, vol. I, N. 1.

dità: Hartizsch,¹ Beckhaus,² Ihering,³ Böcking,⁴ Keller,⁵ Sohm,⁶ Hölder,⁷ Leist,⁸ Sintenis,⁹ Dernburg,¹⁰ Van Wetter,¹¹ De Crescen-
zio,¹² ecc., ecc.

Questo domma ha però i suoi scismi: non tutti gli scrittori citati credono all'immanenza della personalità del defunto o non si capisce almeno se vi credano. Secondo alcuni, l'ombra del defunto, questo « residuo persistente dell'esistenza sua », come la chiama Hölder, deve accompagnare l'erede sino al momento dell'adizione: adempito ch'abbia al suo debito, aiutando l'erede ad acquistar la eredità e addossarsene i carichi, se ne torna paga nel regno delle ombre, dove nessuno scrittore avrebbe mai dovuto turbarla.

In altri scrittori simili idee sono messe in un certo modo che assumono tutt'altro carattere. L'eredità è definita senz'altro come successione universale nel patrimonio del defunto, cioè precisamente quello che gli ortodossi dicono che in principio (*an erster Stelle, an erster Linie*) essa non è, e poi si soggiunge che l'erede continua, rappresenta il defunto o la sua personalità patrimoniale. Tale è in fondo l'idea del Mayer, per cui l'eredità è « un diritto speciale di succedere nell'universalità dei rapporti patrimoniali mediante rappresentazione personale ». Tale è l'idea dell'Arndts, che dopo aver definito l'eredità « l'immediato subingresso nell'universalità dei rapporti patrimoniali del defunto », soggiunge: « Essa non altera in nulla la posizione giuridica in cui quest'ultimo si trovava al mo-

¹ *Das Erbr. nach röm. u. heut. R.*, Leipz. 1827 § 4, p. 4.

² *Grundz. des gem. Erbr.*, Iena 1860, v. I, § 2, p. 2.

³ *Abhandlungen*, N. 3.

⁴ *Pand.*, Bonn 1853, vol. I, p. 256 (trad. Squitti, p. 576).

⁵ *Pand.*, Leipz. 1867, § 456, pag. 333.

⁶ *Inst.*, Leipz. 1884, § 95, pag. 317-321. — È di quelli che più vi esercitano un vano acume.

⁷ *Istituzioni*, trad. Caporali, pag. 316.

⁸ *Glück's Fortsetzung*, vol. 37, § 38, p. 169.

⁹ *Das prakt. gem. Civ.r.*, Leipzig 1869, v. 3, § 158, p. 195.

¹⁰ *Pand.*, Berlin 1887, vol. III, § 55, pag. 94-97.

¹¹ *Cours élém. de dr. rom.*, Gand-Paris 1876, vol. II, p. 371.

¹² *Sistema del dir. rom.*, Napoli 1869, § 214.

mento della sua morte, ma continua quasi (*gleichsam*) la sua personalità patrimoniale ». Così pure il Salkowski. Il trionfale concetto che tutto spiega diventa una cosa pallida pallida e quasi evanescente: giungendo a questo, non si sa perchè non si voglia riconoscere che trattasi di una metafora o di un modo di dire per figurarsi il succeder negli oneri.

Com'è noto, la continuazione della personalità è una frase popolarissima negli scrittori francesi e italiani: ma fortunatamente nel suolo latino assume presso tutti questa posizione subordinata e meno significante.

Cresciuta su questo terreno della continuazione della personalità è l'opinione del Lassalle che l'erede nell'antico *ius civile* non fosse nient'altro che « il continuatore della volontà subiettiva del defunto »: solo in seguito, mercè una lunga e faticosa lotta tra la volontà dell'ereditando e quella dell'erede, l'istituto avrebbe assunto il carattere di trapasso patrimoniale.¹

¹ L'idea del LASSALLE quanto al diritto antico sembra la più vuota astrazione in questo campo. Tuttavia l'avere staccato interamente l'eredità dalla patrimonialità nel concetto genetico romano gli giova immensamente a far ch'egli scorga la peculiare e artificiosa struttura dell'eredità romana, che per uno strano travolgimento di idee si reputa più adatta appunto perchè innaturale e artificiosa, e anche a far che egli, sino a un certo punto, si raffiguri abbastanza bene lo sviluppo storico. Quando egli dichiara che l'ammettere contro tutte le testimonianze una preminenza originaria della successione intestata sulla testamentaria in Roma « è uno dei più gravi e radicali errori » (pag. 23), quand'egli rileva che il concetto germanico della successione è assai più del romano rispondente alla nostra coscienza e alle nostre istituzioni (pag. 477), quand'egli esclama che un antico romano non riconoscerebbe nel nostro testamento un testamento (pag. 593), io non posso che dare a lui perfettamente ragione, e torto invece al IHERING, che di queste sane idee lo deride (V. *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, pag. 31-35).

Io godo che la profonda verità delle idee di Lassalle non sia sfuggita a un celebre nostro civilista, il quale così si esprime: « Il concetto della successione ereditaria era per i Romani tutt'altro da quello che abbiamo noi. Per loro l'erede non era già un semplice successore nei diritti patrimoniali, ma, come dice benissimo Lassalle, il perpetuatore della volontà del defunto (GABBA *Quistioni di diritto civile*, Torino 1885, pag. 821, a proposito della esistenza e capacità al momento della morte del *de cuius*, circa il quale argomento però io non convengo col Gabba).

Recentemente anche il FADDA, *Azione popolare*, pag. 163, tornando ad approvar la mia idea sulle origini dell'eredità romana, consente pure che a buon diritto io lamentai che l'opera del Lassalle sia poco considerata dai romanisti.

Presentemente l'idea della continuazione della personalità comincia però a godere minor favore e minor seguito. Non solo i più autorevoli scrittori, il Köppen, lo Schirmer, il Förster, l'Unger, il Bruns, il Windscheid e il Brinz l'hanno riprovata e combattuta: financo i suoi migliori seguaci, lo Scheurl e lo Ihering, l'abbandonarono in seguito.

Anche da noi perde terreno: e dalla cattedra non credo che molti la insegnino, se non è per criticarla e mostrarne gli assurdi.

6. Gli scrittori più recenti hanno scorto che nella continuazione o rappresentanza personale non c'è di vero se non il fatto che l'erede subentra nei rapporti patrimoniali com'erano in capo al defunto, continua la signoria che questo esercitava sul patrimonio e com'egli la esercitava, subentra, come anche si dice, nella posizione giuridica del defunto rispetto al patrimonio. E se la nuova dottrina si fosse limitata a dir questo e non altro, si potrebbe dubitare bensì che tale enunciato ci rappresenti tutto il concetto dell'eredità romana; ma ch'esso esprima un principio esatto non v'ha dubbio. Gli è questo principio che i Romani voglion significare quando essi dicono che l'erede non subentra « in singulas res » o « in singularum rerum dominia » bensì « *in ius mortui, in locum et ius mortui* » o che l'erede è un « *iuris successor* »¹, che insomma egli « *eiusdem potestatis iurisque esse cuius fuit defunctus constat* »². « In locum et ius, è quasi una figura di εἰς δὲ δὲ δὲ per la formola attuale: « posizione giuridica ». Anzi veramente caratteristico è il fatto che il concetto della « successione giuridica », che noi moderni applichiamo ad ogni trasferimento di diritti, sia dai Romani limitato alla eredità e che significhi preci-

¹ Paul., L. 9, § 1, *De ed.* 2, 13.

² Ulp., L. 59, *De r.* 1, 50, 17.

samente il succedere nei « *commoda et incommoda* » dell'eredità deferita¹.

Ma, sventuratamente, se si rinuncia alla continuazione della personalità, non si perviene a far getto di un'altra illusoria astrazione: il patrimonio concepito come un tutto ideale, come un oggetto unico. È questo l'ultimo tramite, per cui si vuol far succedere l'erede ne' rapporti patrimoniali del defunto. Si dice: l'erede subentra nell'unità patrimoniale, in una *universitas*, non già in diritti singoli e separati². Alcuni tentano di rendere intuitivo questo nuovo mistero dommatico mediante l'uso di formule drastiche, come si fa coi misteri della fede. Così l'Unger, lo Schirmer e il Windscheid: « l'erede non subentra necessariamente in tutto il patrimonio (*totum ius*), ma necessariamente acquista il patrimonio come un tutto (*universum ius*) »³. Più svelatamente il Förster: « Tutti i diritti dell'ereditando trapassano nell'erede non già come *omne ius*, bensì come *universum ius* »⁴. Nessun uomo latino avrebbe immaginato mai di dir cosa tanto diversa, adoperando gli aggettivi *omnis* o *universus*; nessun giureconsulto avrebbe mai potuto

¹ Ulp., L. 13, pr. D. *Comm. praed.*, 8, 4; Paul., L. 4, § 15, *De us.* 41, 3; Pap., L. 11, pr. *De div. temp. praescrip.* 44, 3. Nel senso che vi si ricomprendono i crediti: Pomp., L. 37, *De a. vel a. her.* 22, 2. Io richiamo in proposito ciò chebbi a dichiarare nella mia *Origine dell'eredità* (Boll. 1891) pag. 120, n. 1.

² Così, ad esempio (oltre, s'intende, gli autori che mantengono con questo concetto anche la continuazione personale): SCHEURL *Inst.*, § 26, BARON *Pand.*, 3^a ed., § 387; KÖPFEN *Lehrb. des heut. reom. Erbr.*, Würzburg 1886 1888, pag. 12; 19; 42; *Jahrb. für die Dogm.*, V, 127, 129; SEUFFERT *Prakt. Privatrecht*, Würzburg 1860, v. II, § 516, pag. 124; FÖRSTER *Theorie u. Praxis des heut. gem. preuss. Pr.r.*, Berlin 1873, v. IV, p. 8 (Il Förster spiega con questo concetto anche la massima *Nemo pro parte*, etc.; il che farebbe che si dovesse intenderla e ammetterla anche nel diritto nostro); BRUNS (in *Holzendorff's Encycl.*, 5 ed., Leipzig 1890) *Das heut. Pr.r.*, § 95 pag. 555; 557; UNGER *Syst. des österreich. allgem. Pr.r.*, Leipzig 1879, v. VI, pag. 8, § 2; SCHIRMER *Handb. des röm. Erbr.*, Leipzig 1863, v. I, p. 7; § 2, p. 10; WENDT *Pand.*, Jena 1888, § 323, pag. 727; RIVIER *Tr. du droit de succ. à cause de mort*, Bruxelles 1878, pag. 4; pag. 24; WINDSCHEID. *Pand.*, 6^a ed. Francf. 1887, v. 4, pag. 2.

³ UNGER *op. cit.*, p. 17; SCHIRMER *op. cit.*, pag. 10; WINDSCHEID *Pand.*, vol. 4, pag. 4.

⁴ FÖRSTER *l. c.*

supporre ch'egli, chiamando la successione ereditaria « *in omne ius* », si esprimeva in modo assolutamente erroneo.

E cotesta unità patrimoniale sembra tener saldo e aver basi incrollabili nella tradizione ininterrotta e nelle fonti romane. La caratteristica essenziale e la *superiorità* del diritto romano sul germanico al riguardo la si vuol appunto riporre in questa « unità del patrimonio » ben distinta dal complesso delle sue parti. Eppure anche questo concetto non è che un fantasma privo di senso, più ancora che la continuazione personale, la quale almeno è una comoda metafora. Il patrimonio è un complesso di diritti, cui la unità della persona o dello scopo tiene insieme e naturalmente assoggetta a comuni vicende giuridiche. Dicendo, ad esempio, che il patrimonio di una persona è la garanzia de' suoi creditori, certo non si dice altro se non che i creditori debbono esser soddisfatti sui beni, sui diritti patrimoniali del loro debitore; non si pone una unità superiore e distinta dal complesso dei diritti patrimoniali. Come unità distinta il patrimonio non si può immaginare se non a patto di concepire anche un diritto *unico ed uniforme* su questo oggetto, mentre è chiaro, ad esempio, che l'usufrutto di un patrimonio non è che l'usufrutto dei singoli elementi di esso, e tanto diversamente qualificato secondo la diversa natura di questi, che rispetto ad alcuni non è più giuridicamente usufrutto. L'erede poi non ha che un diritto all'acquisto; il che rende anche più assurda la teoria dell'unità patrimoniale. Volendo sostenere un simile concetto, più ragionevole sarebbe di ritenere l'antica opinione, che attribuiva all'erede un diritto parallelo alla proprietà sul patrimonio; più ragionevole, in quanto salva almeno le apparenze della logica ¹.

Il preteso appoggio delle fonti non è poi che un viluppo di equivoci. Esse parlano bensì di « *successio per universitatem* » o « *successio in omne ius* » o « *in universum ius* », ma non vo-

¹ Difatti qualche scrittore insensibilmente vi ricade. Così il KÖPPEN.

gliono punto significare che s'acquisti un unico oggetto; significano anzi che s'acquistano molti oggetti, molti diritti, che s'acquistano tutti i diritti del defunto, anche quelli altrimenti intransmissibili e anche i puri oneri. E se *in omne* o *in universum* o *per universitatem* accennano a questa assunzione generale dei rapporti patrimoniali del defunto (anche l'erede *pro parte* ha in ogni rapporto giuridico la sua parte), dall'altro lato *ius* deve, come si vede, nel pensiero dei Romani insegnare che non soltanto i diritti, ma anche gli oneri seguono l'erede; che, insomma, egli subentra nella posizione giuridica del defunto. Ciò che par contraddire a questa semplice nozione della « successio in universum ius » non ne è invece che una luminosa conferma. Se il patrimonio nel concetto ordinario non comprende per i Romani se non l'attivo¹, è naturale che a proposito della *bonorum possessio* s'avverta che qui i *bona* s'hanno a intendere come una *universitas* che ricomprenda attivo e passivo, che costituisca il sostrato di una *successio in ius* nel senso romano: « Bona autem hic — ita accipienda sunt universitatis cuiusque successionem, qua succeditur in ius demortui suscipiturque eius rei commodum et incommodum; nam sive solvendo sunt bona, sive non sunt, sive damnum habent, sive lucrum, sive in corporibus sunt sive in actionibus, in hoc loco proprie bona appellabuntur »². *Universitas* non designa qui un oggetto unico, distinto dai *bona*, ma un complesso che ricomprende, oltre i *bona*, anche il passivo: il patrimonio in senso più lato. È naturale che il giureconsulto romano, sempre a proposito della *bonorum possessio*, ribadisca la massima: « Bonorum appellatio, sicut hereditatis, universitatem quandam et ius successionis, non singulas res demonstrat »³. Ciò che preoccupa i giureconsulti è pur sempre il subentrare anche nei

¹ È nota la definizione « Bona intelliguntur cuiusque quae deducto aere alieno supersunt ». Del resto ogni qualvolta si fa parola di *bona* o *in bonis* si allude sempre all'attivo.

² Ulp. L. 3 pr. *De b. p.* 37, 1.

³ Afr. L. 208 *De v. s.* 50, 17.

pesi e nelle responsabilità, il succedere *in locum et ius* anziché nelle cose, com'essi dicevano: e li preoccupa specialmente — il che è pure un indizio caratteristico — nella *bonorum possessio*. « Hereditatis autem (prosegue Ulpiano nel frammento citato) bonorum possessio, ut Labeo scribit, non uti rerum possessio accipienda est, est enim iuris magis, quam corporis possessio ». E gli è pure in questo senso che l'eredità è detta da Pomponio un « iuris nomen » come la *bonorum possessio*: non altro vuol significare il giureconsulto se non che l'eredità e la *bonorum possessio* designano una posizione giuridica piuttosto che oggetti corporali. L'argomento che egli n'adduce è infatti che l'eredità « sine dubio continet etiam damnosam hereditatem »¹.

E in questo senso i Romani potevano anche annoverare la eredità tra le *res incorporales*. Ma del resto che cosa può valere al nostro oggetto una classificazione, in cui si confondono cose corporali e diritti, e in cui si conclude che non importa « quod in hereditate res corporales contineantur », nè che i frutti del fondo tenuto in usufrutto sieno corporali, e spesso anche l'obbietto ultimo della obbligazione, poichè a ogni modo « ipsum ius hereditatis et ipsum ius utendi fruendi et ipsum ius obligationis incorporale est? »² Che il diritto di succedere sia cosa incorporea, come tutti i diritti all'acquisto o i diritti acquisiti, nessuno lo negherà mai; ma certo è che al concetto assurdo in sè, benchè ammesso quasi universalmente, di una *universitas*, ente ideale, oggetto unico e immediato dell'acquisto ereditario, che non sarebbe il complesso dei rapporti patrimoniali, bensì un che distinto e superiore, nè il diritto, nè la giurisprudenza romana pervennero mai. Non solamente la comune teorica non ha base nelle fonti, ma il senso concreto e semplice degli stessi testi, su cui fa le

¹ Po. L. 119 *De v. s.* 50, 17.

² § 2 *Inst. De reb. inc.* II, 2; *GAI.* II, 12-14.

viste di fondarsi, è in contraddizione aperta con qualunque concezione di simil natura.

7. Se non che, tolta di mezzo anche questa infelice astrazione dell'unità patrimoniale, posto che il patrimonio o l'eredità in senso obbiettivo non è se non un complesso di diritti e di oneri, che cosa rimane della nuova dottrina dell'eredità? Quello che appunto, come s'è dimostrato, significano le espressioni romane *successio in ius* o *in omne ius* o *in universum ius defuncti*: la successione nella *posizione giuridica* del defunto rispetto al suo patrimonio, cioè in tutto il complesso de' suoi rapporti patrimoniali attivi e passivi.

Due soli autori, un germanista e un romanista, si son liberati pienamente non solo della « personalità del defunto », ma anche di codesta « unità patrimoniale » e hanno ridotto l'eredità alla semplice nozione di un acquisto universale: Heusler¹ e Brinz². Il Brinz è anche il solo che nell'ordinamento sistematico del diritto abbia nettamente concepito l'eredità come causa e modo di acquisto generale, distinguendola dalle categorie dei diritti acquisiti: reali, personali, familiari.

Col Brinz vien quasi a riscontrarsi il Wächter; anch'egli nelle sue Pandette definisce semplicemente l'eredità « il succedere ne'rapporti patrimoniali del defunto, continuando la signoria che aveva il defunto sul proprio patrimonio e come questi l'aveva »³. Soltanto nella definizione della *hereditatis petitio* il Wächter serba le tracce della sua precedente e comune opinione: l'azione ereditaria è detta pur sempre « rivendicazione di un tutto, anzichè di un complesso di diritti »; il quale concetto, gli osserva giustamente il Brinz, non si sa che utile abbia.

¹ Inst. des germ. Rechts 1885, v. II, § 175, p. 532-534.

² Pand. Erl. 1886, vol. 3, § 357, p. 1-4.

³ Pand., Leipzig 1880, vol. III, § 269, pag. 664.

Abbandonando via via tutte le vuote astrazioni che ingombravano la schietta nozione del rapporto, noi siamo giunti adunque a questa molto semplice espressione: che l'erede subentra in un complesso di diritti e di oneri, che costituivano il patrimonio del defunto. La nozione è giustissima. Ma ci offre essa il concetto supremo dell'eredità, la chiave dell'enimma, o meglio dei molti enigmi? Essa non esprime se non un lato solo o una conseguenza di questo concetto: la *successio in universum ius*, della quale in fondo la formola moderna non è, come oramai sarà chiaro, che la mera traduzione. Ma che n'è di tutti gli altri principî dell'eredità romana, che abbiamo tante volte richiamato? Di nuovo, sono essi principî di diritto singolare? Troppi invero, e troppo gravi, troppo predicati come naturali dai Romani stessi. E poi a quale scopo i Romani li avrebbero introdotti, se non è per il gusto di occuparsi a scalzarli e demolirli a poco a poco tutti, come hanno fatto? Ovvero derivano dall'essenza dell'eredità? E allora questa essenza vi è ignota, perchè nessuno di quei principî si può spiegare con la mera nozione della *successio in universum ius*, nemmeno il diritto di accrescimento ereditario, se non a patto di chiuder gli occhi sulla sua speciale natura e confonderlo con quello dei legati o con quello del diritto ereditario moderno. Ed è un curioso spettacolo il vedere come, ritrovandosi in seguito a faccia a faccia con ciascuno di questi principî, gli scrittori si sforzino di spiegarli nei modi più diversi, senza andar d'accordo tra di loro, nè col concetto loro dell'eredità. Convien porsi innanzi tutto alla ricerca del misterioso capello d'Orrilo; altrimenti si rinnova la pugna a ogni istante e sempre col medesimo frutto.

8. Posta invece la nostra concezione storica dell'eredità, il concetto dommatico che ne risulta per diritto romano è altrettanto chiaro quanto comprensivo. L'acquisto in blocco, per dir così, del patrimonio, e l'assunzione degli obblighi del defunto era nel di-

ritto primitivo conseguenza dell'acquisto di un potere sovrano sulla *familia*, e altresì una conseguenza *necessaria* dell'essere investito di questo potere sovrano. Nel diritto storico, distrutta l'organizzazione unitaria del gruppo agnatizio¹, l'erede non acquista più alcun potere sovrano sulle persone o sul gruppo, il titolo di erede è di per sè un *nudum nomen*; ma resta tuttavia sempre la regola che soltanto chi riceve questo titolo e questo nome consegue in blocco il patrimonio del defunto e ne assume gli obblighi. L'acquisto ereditario insomma è un di quegli acquisti che la legge suol ricongiungere all'acquisto precedente di uno stato o qualità giuridica personale.

Ciò posto, l'eredità romana si può definire nel modo seguente: « *L'acquisto di un titolo personale* (conferito dalla designazione del defunto o, in difetto, da un determinato rapporto con esso), *il quale è condizione per l'acquisto complessivo dei diritti patrimoniali in genere e l'assunzione degli obblighi già congiunti alla persona defunta, salvo quei diritti e quegli obblighi che si estinguono colla morte della persona, o quelli di cui il defunto avesse espressamente disposto a favore di un terzo* ».

Dato questo concetto, che non è se non lo stesso concetto originario limitato alla mera funzione di trapasso patrimoniale, torna facile richiamare sotto di esso tutti i principî dell'eredità romana.

Se c'è un *heres* designato dal defunto, allora quello che noi, per l'influenza di tradizioni germaniche e in opposizione col pensiero e le fonti romane, si suol chiamare anche in questo caso erede legittimo, non è punto erede; ond'egli non può acquistare il patrimonio del defunto, nemmeno se questi assegni all'erede istituito soltanto una quota del suo patrimonio o gli assegni perfino solo un

¹ Io mi occupai nelle *Res mancipi* (vol. II, pag. 299-805) di ricostruire sopra indizi positivi in parte inavvertiti questo gruppo primitivo, che corrisponde esattamente, così nel grado dell'agglomerazione come nelle funzioni, alla *Sippe* germanica o al *sept* celtico o alle comunità familiari degli Slavi.

oggetto determinato, senza disporre del resto. L'erede testamentario non acquista in virtù della assegnazione patrimoniale, ma *in forza del suo titolo*, e quindi acquista tutto, mentre il cosiddetto erede *ab intestato* non può acquistare il residuo, *perchè il titolo di erede egli non l'ha*. Per la stessa ragione, se il defunto ha chiamato più eredi, assegnando a ciascuno la sua parte, e alcuno di essi viene a mancare prima dell'adizione, cioè prima di accettare quel titolo, oppure si rifiuta di accettarlo, il cosiddetto erede legittimo o intestato non può subentrare nella quota vacante, *perchè erede egli non è*. La quota vacante è acquisita ipso iure, anche senza loro saputa, agli altri eredi testamentari in virtù del loro titolo; e soltanto nella partizione tra costoro si segue la presumibile volontà del defunto (diritto di accrescimento ereditario).

Viceversa: i successori legittimi diventano effettivamente eredi ed acquistano il patrimonio, se il testatore l'ha lasciato tutto a un terzo, ma senza conferirgli il nome d'erede, o se il testatore ha cancellato il nome d'erede, pur lasciando in piedi tutte le altre disposizioni.

Similmente, la nuova istituzione di erede distrugge l'antica e annulla il testamento, anche se le disposizioni patrimoniali sieno perfettamente compatibili. Per esempio, il defunto in un primo testamento ha istituito erede Caio per la metà del suo patrimonio, in un secondo testamento Sempronio per l'altra metà; se il fedecommesso non salva la prima disposizione, in base ai puri principî dell'eredità romana, tutto il patrimonio è devoluto a Sempronio.

È chiaro, mi sembra, come tutto proceda dal titolo d'erede e si giunga sovente per necessità logica a conseguenze torte dal punto di vista patrimoniale, se istituti nuovi e procedenti dal nuovo spirito della successione non vi rimediano. Ometto pertanto di ricordare a questo proposito regole meno sorprendenti e meno attive, come l'intrasmissibilità della chiamata all'eredità ecc. V'hanno

poi naturalmente dei puri residui storici, cioè regole isolate e inattive, fuor dell'efficacia immediata, come l'incapacità di testare del *filius familias*, e simili.

Di fronte all'eredità il legato non è che una pura e diretta causa d'acquisto patrimoniale. Del resto si può lasciare per legato non solo un determinato obbietto, ma altresì una quota del patrimonio, e, prima della legge Falcidia, tutto il patrimonio. Io lo noto per un curioso traviamiento delle idee moderne in proposito.

9. Vediamo ora: si può applicare un simile concetto all'eredità moderna? Neanche per sogno. L'eredità è una pura e diretta causa d'acquisto patrimoniale, colla sola differenza dal legato che l'erede subentra anche nei debiti eccedenti l'asse ereditario, ove creda. Laonde se al nostro erede il defunto non abbia assegnato che una parte del patrimonio, nel residuo necessariamente subentrano i chiamati dalla legge, poichè essere eredi non è un titolo e una condizione dell'acquisto patrimoniale, ma significa precisamente acquistare il patrimonio in quella misura che la legge o il defunto vi permettono. Lo stesso avviene se il defunto non abbia disposto che di determinati obbietti patrimoniali. Se il defunto ha chiamato più eredi in parti determinate, di guisa che è manifesta la sua volontà di non voler assegnar loro se non quelle parti, subentrano pure i chiamati dalla legge nelle quote caduche per la rinuncia o la morte di alcuno degli eredi testamentarî.

Viceversa: i chiamati dalla legge non subentrano, se il defunto ha disposto di tutto il suo patrimonio a favore di un terzo, senza conferirgli il titolo d'erede; essere erede, lo ripetiamo, non significa se non acquistare il patrimonio del defunto, e questo istituito è erede, dal momento che il patrimonio gli è stato assegnato. Se il defunto ha istituito in un testamento erede Tizio per la metà del suo patrimonio, ed in un secondo testamento erede Caio

per l'altra metà, entrambi i testamenti sono validi ed efficaci. È inconcepibile in simili casi per noi il mutamento della volontà del defunto, essendo le due disposizioni patrimoniali compatibilissime.

Che cosa rimane ora dell'eredità romana? La successione universale o *successio in universum ius*. Ma si badi; codesta *successio in universum ius* non è più, come nella *adrogatio* o nella *in manum conventio* o nella *hereditas* o negli altri istituti, in cui veniva nel diritto romano ad attuarsi, un acquisto patrimoniale necessariamente congiunto all'acquisto di un potere personale o di un titolo e dipendente da esso. E quanto al suo contenuto essa è ben povera cosa nè mostra quella impronta caratteristica di una regola estrapatrimoniale che hanno gli altri principî romani. Per ingigantire il significato di codesta *successio in universum ius* convien circondarla di nebbia e assegnarle quale obbietto il fantasma della unità patrimoniale.

L'unica sua particolarità è che si succede nei vizî subbiettivi e negli oneri, anche quando oltrepassino gli utili dell'eredità, cioè nella mala fede e ne' debiti *ultra vires*: conseguenze, come si vide a principio, irrazionali ed inique, eliminata di fatto la seconda mercè l'ordinamento del beneficio d'inventario e abolita anche totalmente in alcuni Codici o elevato quasi a principio normale, come nel Codice prussiano, il beneficio d'inventario; estranee poi tutte alle legislazioni civili sciolte dalla tradizione romana.¹ A ogni modo

¹ L'iniquità di simili conseguenze è forse cresciuta nella società moderna. Nel diritto romano, oltrechè v'era maggior coscienza della qualità di erede e delle sue conseguenze, l'onere dei debiti era attribuito in fondo riflessivamente dal defunto, dichiarando erede Tizio invece di elargirgli un legato. Nel diritto moderno invece si fa dipendere la qualità di erede e l'onere dei debiti da un determinato modo di assegnazione patrimoniale, cui forse il defunto non ha posto mente affatto. Ciò genera inconvenienti, cui la legge romana sfuggiva. Facciamo per es. l'ipotesi che il testatore abbia esaurito tutto il suo patrimonio in disposizioni di cose singole. Per il Codice costoro son legatari, anche se il testatore li chiama espressamente eredi, cioè anche se il testatore ha in certo modo manifestato la volontà di addossar loro il pagamento dei debiti (Contra: ASCOLI *Il legato dell'universalità dei beni mobili*, Foro

se per queste belle massime, così ben salde, si vuol dire che sopravvive il concetto della *successio in universum ius*, dicasi pure. Se però si vuol dire che sopravvive il concetto dell'eredità romana, non solo si dimenticano tutti gli altri principî egualmente fondamentali, ma si sconosce altresì che pei Romani tale successione patrimoniale era conseguenza dell'eredità o del titolo di erede, non ragione del titolo e fondamento dell'eredità.¹

E mi par che si possa concludere. Eredità e legato sono istituzioni parallele nel diritto moderno, patrimoniali entrambe; la sola differenza che sussiste è una semplice modalità negli effetti patrimoniali. A ogni modo, poichè questa modalità, in principio almeno, sussiste, per ricomprenderla nel concetto dell'eredità si possono ben adoperare le espressioni « subentrar nello stato o nella posizione patrimoniale del defunto » o « passaggio dell'universalità dei rapporti patrimoniali del defunto in un nuovo

It. 1889, I, 635-641; ma la contraddizione dell'Ascoli e della giurisprudenza non si fonda se non su di un retto sentimento che la legge è iniqua e poco pratica). L'erede naturale, il quale non riceve nulla (poniamo che non vi siano legittimari) sarà dunque tenuto pei debiti. Naturalmente coll'unica prospettiva di pagare i debiti egli non accetterà di essere erede, e così nel caso fatto all'iniquità c'è rimedio, appunto perchè s'è fatto un caso estremo, cui soccorre l'estremo rimedio della rinunzia. Ma poichè gli istituiti, come legatari, non sono tenuti pei debiti *ultra vires*, si vede per lo meno anche da questo che interessamento nutra la legge affinchè un eredere sponsabile *ultra vires* vi sia.

Forse, mantenendo la responsabilità illimitata, giacchè la si vuol giustificare col l'interesse dei creditori, la costruzione più logica ed equa sarebbe stata di far dipendere l'onere dei debiti dalla volontà del defunto o altrimenti assegnarne il carico ai beneficiati dal defunto in proporzione del beneficio, o per lo meno ai maggiormente beneficiati. È certo da deplorare che il fallace ingombro della tradizione abbia impedito al legislatore di procedere nell'attuazione di questo carico dei debiti con quella chiara intuizione dello scopo con cui nell'antica Roma i pontefici pervennero di loro propria autorità a ricongiungere i *sacra cum pecunia* e attribuirne il carico via via a coloro *qui maiorem partem pecuniae capiant*.

¹ È poi curioso, come già notai, che cotesta ragione del titolo di erede e cotesto fondamento dell'eredità sia nel diritto moderno l'assegnazione dell'universalità o di una quota, che nel diritto romano poteva anche costituire un legato.

Si veggia in proposito (dai civilisti): ULP. *Fragm.* XXIV, 25; GAII *Inst.* II, 254; L. 26 § 2; L. 27; L. 104 § 7 D. *De leg.* 30; L. 8 *inf.*; L. 9; L. 76 § 1 D. *De leg.* 31; L. 23 § 5 D. *Ad. Sc. Treb.* 36, 1; L. 164 § 1 D. *De v. s.* 50, 16. Inoltre: CEC. *De leg.* 2, 20; *pro Caec.* 4, 5.

subbietto » o « sostituzione della persona nel patrimonio del defunto » ecc.; tutte formule eccellenti, purchè non si crei del patrimonio un'astrazione e un obbietto unico. L'errore è d'immaginarsi ch'esse ci rappresentino l'eredità romana, di cui non esprimono che un lato o un effetto.

10. Una mirabile riprova ed una utilissima applicazione pratica di questi concetti e della fondamentale opposizione tra l'eredità romana e l'eredità moderna si ha nell'indurre da essi le logiche illazioni dove il disposto espresso della legge non soccorre affatto o imperfettamente soccorre, come accade ne' rapporti tra eredità e legato.

Gli esempî ch'io potrei addurre sono più d'uno; poichè molte tortuosità sorprendenti il nostro spirito, che offre la teoria dei legati nel diritto romano collocate in questa luce divengono chiare e intelligibili, come diventa pure intelligibile che molti testi romani in proposito, anche nel silenzio della nostra legge, non sono applicabili nel diritto moderno.

Ma io voglio trascogliere un solo esempio, ben chiaro e definito, il prelegato. Come è noto, nel diritto romano il prelegato è nullo per la parte che l'erede prelegatario dovrebbe in qualunque modo sottrarre dalla sua quota ereditaria; l'erede, si dice, non può pagare a se stesso nè rivendicare da se stesso chiechessia ¹. Egli naturalmente serba anche quella parte dell'oggetto prelegato, ma *iure hereditario*, quasi *heres*, come dicono le

¹ Cfr. L. 18 D. *De leg. et fid.* 30; L. 34 § 11; L. 116 § 1 *eod.*; L. 335 D. *De leg. et fid.* 31; L. 40 pr. D. *De leg. et fid.* 32; L. 18 § 2 D. *De his quae ut ind. au.* 34, 9.

Si discuteva bensì dai romanisti se si trattasse di nullità iniziale, e tale era l'opinione più comune, o di nullità sopravveniente al momento dell'adizione, e tale dottrina mi sembrò già assai più ragionata. Spetta ora al FERRINI il merito di aver stabilito definitivamente la verità di quest'ultima dottrina, la sola razionale, mercè una luminosa esegesi della travagliatissima L. 75 § 1 *De leg. et fid.* 31 di Papiniano (V. *Teoria dei legati e fedecomessi*, pag. 209 e segg.).

fonti; a titolo di legato, *iure legati*, *quasi legatarius*, egli acquista soltanto le parti del prelegato che riceve dai coeredi suoi.¹

Ora questo principio genera conseguenze davvero sorprendenti, quando concorrano altri fatti giuridici. Già strane abbastanza per noi son quelle che hanno luogo, quando l'erede deve restituire la sua quota ereditaria a titolo di fedecommesso, ovvero il defunto gli elargisce il prelegato congiuntamente con un estraneo; poichè in siffatte combinazioni la porzione del prelegato che egli consegue *quasi heres*, gli viene ad esser sottratta, o per l'obbligo di restituire coll'eredità anche questa parte al fedecommissario (salvo ciò che può imputare nella quarta trebelliana), o per il diritto di accrescimento che compete all'estraneo collegatario su questa parte, la quale come legato è caduca.²

Ma forse le più notevoli e inattese di tali conseguenze della parziale caducità del prelegato si avverano concorrendo come prelegatari nella stessa cosa più coeredi per quote diverse, ovvero concorrendo coeredi prelegatari ed estranei legatari. In queste combinazioni, profittando pur sempre la porzione caduca per diritto di accrescimento al collegatario, ne consegue che gli eredi per quote minori si avvantaggiano della cosa prelegata più che gli eredi per quote maggiori e i legatari semplici, che non perdono nulla e concorrono in tutte le porzioni caduche, più dei prelegatari.³

Quanto repugnino simili conseguenze alla coscienza nostra, ognun lo sente. Col manifesto intento di respingere il diritto romano in questa parte, alcune legislazioni moderne dichiarano espres-

¹ L. 40 pr. D. *De leg. et fid.* 22; L. 74 D. *Ad L. Falc.* 35, 2; L. 18 § 3 D. *Ad Sc. Treb.* 36, 1; L. 1 § 6 D. *Quod leg.* 43, 3.

² L. 18 § 3 D. *Ad Sc. Treb.* 36, 1; L. 86 D. *Ad L.* 35, 2; L. 91 D. *ibid.*; L. 34 § 11 *De leg. et fid.* 30; L. 116 § 1 *ibid.*

³ L. 34 § 11, 12 D. *De leg. et fid.* 30 e L. 116 § 10 *ibidem*. Contra: L. 104 § 5 D. *De leg. et fid.* 30; se non che in questa legge si ricorda il *legatum per damnationem*, in ordine al quale per diritto classico non si faceva luogo all'accrescimento, ma la parte caduca restava nella quota dell'onorato.

samente che il prelegato è valido per l'intero ammontare come legato e deve integralmente beneficiare in qualunque modo il coerede prelegatario.¹

Se non che una disposizione simile non l'abbiamo nel nostro Codice civile. Che cosa si deve concludere? Gli è forse che il legislatore italiano ha abbandonato le orme del francese ed è tornato ai principî romani? Veramente in materia di prelegati ciò pare eccessivo; eppure se i concetti generali dell'eredità e del legato sono entrambi gli stessi nel diritto romano e nel moderno, la conclusione è inevitabilmente in questo senso. Il ricorso ai principî generali, cui ci obbliga la logica del dritto, quand'anche non vi fosse l'art. 3 delle disposizioni preliminari, significa nel caso presente ricorso ai principî romani.

Ma il vero è che la natura della eredità moderna è profondamente diversa dalla romana; il vero è che la bizzarra teoria del prelegato dipende dal concetto romano della eredità e il concetto moderno la esclude. L'eredità romana è, come si vide, un istituto nettamente distinto dal legato, in opposizione fondamentale e piena con questo. Essa non trasmette il patrimonio, ma conferisce un titolo personale. Il legato invece è una mera e diretta elargizione patrimoniale fatta dal defunto, e poichè l'erede subentra nel complesso dei rapporti attivi e passivi del defunto *in conseguenza del suo titolo* e quindi inevitabilmente, cioè *per una necessità giuridica che opera indipendentemente dalla volontà del defunto e anche contro di essa*, è logico che il legato in qualunque modo disposto si debba concepire come una sottrazione fatta all'erede, un carico dell'erede.

Ma se il legato è un carico dell'erede, se esso è in questo rapporto, dirò così, di subordinazione effettiva e sostanziale rispetto

¹ Cod. fr., art. 919, 843, 844; Cod. Austr., art. 648; Cod. pruss. I, 12 § 262, 271, 273; Cod. bav. III, 6, 5 etc. Simile disposizione conteneva pure il Cod. napoleone e contiene il Prog. di Cod. civ. germ. all'art. 1845.

all'eredità, il legato a favore dell'erede stesso è nullo per la ragione che l'erede non può sottrarre la cosa dal patrimonio ereditario, *che è il suo per effetto del titolo, anche se il defunto gliene abbia assegnato solo una parte*, per elargirla poi a sè stesso.¹ La nullità parziale del prelegato proporzionatamente alla quota del coerede prelegatario, donde tutta la teoria del prelegato romano, è adunque una conseguenza necessaria dell'impossibilità di elargire un beneficio patrimoniale a se stesso dal patrimonio ereditario; principio ch'è alla sua volta conseguenza necessaria della natura dell'eredità romana e dell'essere il legato realmente subordinato all'eredità.

Profondamente diversa è la condizione delle cose nel diritto moderno. Eredità e legato non sono due istituzioni fondamentalmente diverse, ma fondamentalmente identiche e parallele. Tanto l'una quanto l'altra sono *disposizioni patrimoniali*, con questa sola differenza che l'erede assume gli obblighi del defunto nella stessa misura di questo, se così gli piace, e il legatario non è affatto tenuto a ciò. Ora poichè l'erede non acquista un titolo che gli attribuisca *per necessità giuridica* tutto il patrimonio, ma succede precisamente *nell'assegno patrimoniale fattogli dal defunto*, è chiaro che ciò che il defunto gli elargiva per altro titolo, se c'è margine fuori di questo assegno, non può mai rappresentare una sottrazione fatta a lui, un debito ch'egli debba soddisfare a sè stesso sulla sua quota. Non è più *la necessità giuridica*, ma *la volontà del defunto*

¹ Cfr. le massime romane: *Ipse sibi (heres) legatum debere non potest; heredi a scetipso inutiliter legatur, legari non potest*: GAI. II, 245; ULP. Fr. 24, 22; FR. VAT. 87; L. 34 § 11 D. *De leg. et fid.* 30; L. 180 *De leg. et fid.* 31 etc.

Io debbo però mettere in guardia contro il modo comune di presentar la ragione della caducità parziale del prelegato, cui danno adito le frasi dei giureconsulti; cioè il preteso conflitto logico nascente dal dover soddisfare a se stesso un debito. Questo conflitto è meramente immaginario, quando tutto dipende direttamente dalla volontà del defunto; solo allora diventa una realtà, quando sia posto che l'acquisto della quota ereditaria come tale avviene *per una necessità giuridica*, che v'investe di una parte della cosa legata a titolo ereditario in base alla qualità personale di erede, i cui effetti sono indipendenti dalla volontà del defunto.

che impera. La ragione istessa che fa incompatibile nel diritto moderno la massima *Nemo pro parte testatus* ecc., e il diritto di accrescimento dell'eredità romana rende pure assurda l'applicazione della teoria romana del prelegato. La *volontà del defunto* nel diritto romano si esercitava soltanto con la istituzione dell'erede; gli effetti patrimoniali sono inerenti al titolo ed è il diritto che li vuole. Nel diritto moderno invece la stessa volontà del defunto dispone direttamente del patrimonio e regola quindi gli effetti patrimoniali a suo piacimento.

Si dee seguire adunque in tutto e per tutto la volontà del defunto, poichè questa non è più incatenata all'ostacolo del titolo di erede, che i giureconsulti classici tanto s'affannavano a valicare. Onde se il defunto aveva un patrimonio di 100 e abbia istituito alcuno erede per la metà, lasciandogli in più un legato di 20, l'unico erede testamentario avrà 50 a titolo di eredità e 20 a titolo di legato; in tutto 70; gli eredi legittimi 30. Se il defunto ha istituito eredi testamentari Tizio e Caio a parti eguali e Tizio legatario per 20, l'uno e l'altro avranno 40 a titolo ereditario e Tizio avrà in più 20 a titolo di legato: in tutto 60. Questa è la volontà del defunto; laddove nel primo caso per diritto romano Tizio erede unico avrebbe avuto tutti i 100 a titolo ereditario e il legato sarebbe stato integralmente nullo, e nel secondo caso avrebbe avuto 60, ma di questi 50 a titolo ereditario e 10 dal coerede a titolo di legato.

E in questo senso è anche la nostra giurisprudenza, che considera precisamente il prelegato come un'*ante parte staccata dall'asse ereditario e acquisita a titolo particolare*. Soltanto, la tradizione romana alcuna volta ha indotto un errore stranissimo: perchè si considera tutto quanto il prelegato come *parte integrante dell'asse ereditario*.

Ma più che questo errore io credo interessante e istruttivo un altro commesso da me, ragionando a fil di logica. Il modo poi col quale questo errore m'è stato ribattuto da uno dei nostri più in-

signi civilisti, il Chironi, rende anche più irresistibilmente manifesto quanto sia utile, dal punto di vista istesso della pratica del diritto, il pervenire alla costruzione genuina del concetto romano e del concetto moderno e alla netta separazione dei due.

In una nota, cui porsero occasione due sentenze l'una della Corte d'Appello, l'altra della Cassazione di Firenze, ¹ io sostenni l'applicazione dei principî romani circa il prelegato, cioè la nullità parziale di esso, fondandomi precisamente sul fatto che il nostro Codice non ha, come il francese e altri Codici moderni, espressamente sancito una disposizione abolitiva. Tuttavia la conclusione, alla quale io ero trascinato da un'argomentazione logica irreprensibile, tanto più dato l'art. 3 delle disposizioni preliminari, mi pareva anche allora abbastanza repugnante « alla semplicità dei rapporti e alla vera attuazione della volontà del defunto, » nè io poteva biasimare quelle legislazioni, che « indotte da motivi di utilità e di semplicità » avevano espressamente sancito principî contrari, benchè di diritto singolare, come io li giudicava allora. Io mi consolava dichiarando che simili conseguenze possono essere sempre cansate « quando il contrario si debba indurre dalla volontà del testatore; » ² il che posto, la mia obbedienza ai principî era poco men che un esteriore atto di fede, poichè non si sa quando dalla volontà del defunto non si debba indurre il contrario.

Codesta incompatibilità della teoria del prelegato collo spirito moderno ebbe un caloroso assertore nel Chironi. Se non che (il fatto mi par degno di tutta l'attenzione) per ribattere la mia disgraziata, per quanto logica, tesi, egli non trovò altro spediente che quello di svisare e tradire il diritto romano, ammettendo nell'epoca della giurisprudenza classica regole, opinioni, controversie assolutamente incompatibili coi principî e coi testi romani e pret-

¹ V. *Foro It.* 1889, I, 806-809.

² *Foro It.* cit. nota.

tamente immaginarie. Giova riferire in proposito dalla *Rivista giuridica italiana*¹ tutto il suo discorso.

Posta la questione come si debba considerare il prelegato rispetto all'erede che vi è chiamato, egli prosegue: « Da un lato si bada alla posizione dell'erede che è in pari tempo prelegatario, e non può avere a questo titolo quello che ha già presso di sè, e *ope legis* per virtù della istituzione: dall'altro non vuol essere trascurata la volontà del *de cuius*, il quale ha inteso di avvantaggiare la stessa persona, sotto due rispetti. Questi due concetti danno fondamento alle due teorie, delle quali una insegna che il prelegato si confonde con la quota ereditaria in quella porzione che dovrebbe essere sopportata dallo stesso erede prelegatario, e l'altra afferma che il prelegato sia fuori della quota ereditaria, e l'erede debba riceverlo per intero nella sua qualità di prelegatario. Il codice civile italiano non ha una disposizione espressa su questo punto: l'interpretazione quale dovrà accettare delle due dottrine, come meglio rispondente al sistema della legge? »

« La prima, si afferma da alcuni (V. Bonfante *Foro it.* 1, cit. in n.). Sarebbe questa la teoria seguita dai Ge. romani, e, nel silenzio della legge, la tradizione storica ne suggerisce l'accoglimento, perchè la seconda dottrina, sebbene sanzionata dal diritto positivo di alcuni Stati (e v. da ultimo Prog. di Cod. civ. ger. § 1845 e *Motivi* su questo §), non risponde esattamente ai principî come l'altra, che ne è la deduzione rigorosa. È buono quest'argomento? *ed è poi vero che, secondo la teoria romana, il prelegato fosse assolutamente nullo proporzionalmente a quella parte che stava a carico della quota dell'erede prelegatario? Ne dubitiamo:* ed a conferma del nostro dubbio sta la terminologia, che, a denotare come la qualità di prelegatario rimanga confusa in quella di erede, non rendendo *nullo* il prelegato che l'erede si

¹ Anno 1890, pag. 356-358.

dovrebbe, ma per la impossibilità di esercitare questo diritto contro sè stesso, avverte che nella parte che l'erede dovrebbe a sè medesimo, l'acquisto avviene *quasi heres*; sta pure a conferma la regola sul diritto di accrescimento fra più eredi congiunti nel prelegato, o fra uno e più estranei e l'erede, perchè, se per la porzione che s'è detto il prelegato fosse *nullo*, e per conseguenza si dovesse intendere come diminuito fin da principio di quella parte che l'erede si dovrebbe, non si capisce come questa parte possa poi riprendere esistenza per comodo degli altri prelegatarii; sta ancora il fatto che se la dottrina della nullità fosse vera, l'erede prelegatario non potrebbe acquistare tutta la parte rimasta caduca, ma vi dovrebbero concorrere gli altri eredi sebbene non prelegatarii; e finalmente si deve avvertire come l'istituzione del diritto di accrescimento si riferisce, nel periodo della giurisprudenza classica, ai legati ordinati per *vindicationem* e per *praeceptionem*, nei quali il legatario succedeva direttamente al testatore, rispetto alla cosa legata, nè si trovava in rapporto di obbligazione con l'erede (L. 80 D. *de L.* II, XXXI; V. Gai II, § 194; e §§ 217-221). »

« Quest'ultima considerazione ci muoverebbe a ritenere che nel diritto romano classico la istituzione del prelegato producesse il suo effetto separatamente dall'acquisto per via di successione ereditaria; le due istituzioni rimanevano distinte, sebbene rispetto all'erede prelegatario sorgesse per effetto della confusione l'impossibilità di esercitare in proporzione alla sua quota il suo diritto nascente dal prelegato; impossibilità che nel caso di più prelegatarii congiunti doveva dar luogo all'accrescimento, e nel caso opposto dava causa all'acquisto *quasi heres*. Il diritto italiano ha seguito questo concetto pei legati in genere, perchè il legatario acquista il diritto sulla cosa speciale che gli è stata legata per virtù della vocazione, e dall'erede domanda solo il possesso (C. civ. art. 863): nè per la validità del legato è necessario

vi sia nel testamento istituzione di erede. Il che vuol dire che l'istituzione del prelegato è distinta giuridicamente dalla ereditaria, è al di fuori della quota di eredità; l'erede prelegatario non potrà domandare a sè stesso la parte rispondente all'onere che grava sulla sua quota, ma può averla come prelegatario quando faccia venir meno la confusione rinunciando alla qualità di erede. Altrimenti si dovrebbe affermare che la rinuncia non gli gioverebbe per questa parte, e che di questa si dovrebbe diminuire la obbligazione di conferire, che il *de cuius* gli avesse imposta, il che non è (Cod. civ. art. 1003, 1008). »

Ora in ciascuna delle asserzioni romanistiche dell'illustre civilista di Torino siamo fuori dall'opinabile ed entro il dominio esclusivo dell'errore. Già non esisteva nel diritto romano classico e non esiste più ora tra i romanisti una teoria che ponga tutto il prelegato fuori della quota ereditaria e affermi che l'erede debba riceverlo per intero nella sua qualità di prelegatario.¹ Il prelegato è poi dichiarato le mille volte *nullo* per la parte che onera la quota dell'erede prelegatario e non è lecito avanzare il dubbio che non sia nullo. Il dire che il prelegatario consegue questa parte *quasi heres* non significa il contrario della nullità, ma esprime precisamente il motivo della nullità. Ed appunto perchè questa parte del prelegato è nulla come legato a favor dell'erede, essa viene ad essere acquisita per diritto di accrescimento ai coeredi che sieno anch'essi prelegatari o agli estranei legatari: non è che *riprenda esistenza* per comodo altrui, ma gli è che la caducità di una quota dell'oggetto legato profitta necessariamente al collegatario dell'oggetto stesso, e nel caso di prelegato impedisce che l'erede prelegatario la trattenga *quasi heres*. Erronea pure è l'asserzione che gli altri eredi, *sebbene non prelegatari*, dovrebbero concorrere nella parte caduca, ove la dottrina della caducità fosse vera. Cotesta

¹ Lo sostenne l'Arndts per il diritto giustiniano; ma era, anche per diritto giustiniano, uno sforzo del senso moderno, campato su argomenti debolissimi, che il FERRINI ha distrutto.

parte è caduca appunto perchè parte della *sua* quota ereditaria, ed è caduca come legato; se i coeredi non l'acquistano per diritto di accrescimento in qualità di prelegatari congiunti, chiamarli in questa porzione come eredi sarebbe chiamarli a svaligiare un loro collega. Ancora: che la istituzione del diritto di accrescimento tra prelegatari congiunti si riferisse nel periodo della giurisprudenza classica ai legati ordinati *per vindicationem* e *per praeceptionem*, non a quelli *per damnationem* è giusto, ma non significa se non quello che significa: cioè che il diritto di accrescimento tra prelegatari congiunti si riferiva nel periodo della giurisprudenza classica ecc. La caducità parziale del prelegato resta sempre la stessa.

Come questa considerazione possa muovere il Chironi a ritenere che nel diritto romano classico l'istituto del prelegato producesse il suo effetto separatamente dall'acquisto per via di successione ereditaria e a fare della teoria del prelegato una bella invenzione di Giustiniano, si stenta a capirlo; ad ogni modo non è lecito ritenere nulla di simile.

Da tutto il ragionamento e dalle ultime parole della sua infelicissima argomentazione romanistica pare che l'errore fondamentale del Chironi sia di supporre che l'acquisto *quasi heres* valga piena validità del prelegato. Ciò è confermato da un fatto assai strano: egli afferma che il nostro diritto ha seguito questo concetto. Ma questo è precisamente il concetto della caducità, è il concetto romano, è quello ch'io sosteneva anche per il nostro diritto nella nota da lui combattuta e da me ripudiata: il prelegatario moderno acquista *tutto quanto* il legato *quasi legatarius*. Io non so se tale errore abbia confusamente indotto il Chironi a supporre che al prelegatario secondo la teoria della caducità doveva venir sottratta una parte dell'oggetto prelegato ed egli così venga ad aver meno che non ammettendo la validità piena del prelegato. Ma ciò non è, salvo che non si avverino alcune evenienze speciali, come l'obbligo alla restituzione della quota ereditaria o la congiun-

zione con altri legatarî. Di regola il prelegatario romano viene ad avere complessivamente, tra eredità e legato, la stessa quantità totale del prelegatario moderno: la sola differenza è che nel diritto romano egli è per una parte erede, nel diritto moderno egli è considerato come legatario in tutto l'oggetto prelegato.

V'ha un punto nel discorso del Chironi, in cui la ragione vera, per cui la teoria del prelegato romano è respinta dal diritto moderno, pare gli s'affacci alla mente, ed è quand'egli, quasi avvertendo che ai nostri giorni non esiste più una sostanziale dipendenza del legato dall'eredità, nota che « ora per la validità del legato non è necessario vi sia nel testamento istituzione di erede ». Ma le altre osservazioni circa l'acquisto del legato e circa il diritto di ritenzione del prelegato da parte del rinunziante (Codice civile, art. 1003) e circa l'obbligo eventuale alla collazione (articolo 1008) sono come il resto erronee nè valgon nulla al nostro oggetto. Tutti questi principî vigevano anche per diritto romano; ma l'acquisto immediato della cosa legata non toglie la subordinazione del legato all'eredità nel diritto romano e non esprime la posizione quasi parallela all'eredità da esso raggiunta nel diritto moderno. L'acquisto integrale del legato da parte di chi rinuncia all'eredità è ancor meno atto a illudere; chi rinuncia all'eredità si considera come se non vi fosse mai stato chiamato ed è nella posizione di un puro legatario, non di un prelegatario. Finalmente l'obbligo alla collazione e il computo della legittima concernono tutto ciò che si riceve dal defunto sotto qualunque titolo.

Io non aggiungo parole, ma spero che a nessuno sfuggirà il significato profondo che per i miei concetti sull'eredità hanno la mia tesi erronea d'un tempo circa il prelegato moderno e l'argomentazione erronea del Chironi per la tesi contraria, che è la vera. ¹

¹ In una nota pratica inserita nell'*Annuario critico di giurisprudenza* II, 1890, pag. 9, anche il FERRINI s'oppose alla mia tesi circa il prelegato in diritto civile. E vi s'oppose in fondo pel sentimento giusto, benchè vago, della diversità essenziale tra l'istituto romano della eredità e l'istituto moderno. Dove però egli tenta di argomen-

11. Se un concetto come il romano, il quale per la sua natura induce delle conseguenze così ripugnanti alla patrimonialità, durò nondimeno per tutta la storia di quel diritto, ciò deriva, come io ebbi a rilevare e dimostrare, dai molteplici rimedi eccezionali e dagli istituti indipendenti, che sino *ab antiquo*

tare su qualche cosa di solido, gli manca il terreno, perchè gli manca appunto quel concetto dell'eredità romana e della sua posizione rispetto al legato, che io ho inteso a stabilire; e s'ei non erra nei principi, il che a lui sarebbe del tutto impossibile, pecca nel ragionamento. Meritano di esser riferite anche le sue parole, perchè si veggia come, senza quel concetto, sieno infelici gli sforzi d'un alto intelletto, d'uno scienziato insistente e severo e ch'è poi quegli che ha più largamente e genialmente approfondito la materia dei legati: "In diritto romano il prelegato è inizialmente valido per intero come particolare beneficio (Giustissimo; e sien grazie al Ferrini d'aver sbalzato di seggio la contraria teoria). Se più tardi si invalida in proporzione della quota del prelegatario, quale ne è la vera ragione? La vera ragione è pur quella che per diritto romano non è concepibile che si abbia a titolo di legato ciò che già si avrebbe a titolo di erede, in forza dell'adizione eredità. Il titolo di erede è assorbente ed esclusivo (Intuizione giusta del vero)... È inutile aggiungere che tutto ciò non vige più nel diritto nostro. Il concetto della successione universale e particolare è affatto diverso. *Il legatario acquista fin dal momento della morte del testatore il diritto (di regola reale) alla cosa legata, l'acquisto dell'eredità dipende dall'adizione.*"

Ora che cosa è questo ragionamento? Non era la stessa cosa in diritto romano? Anzi non era in diritto romano più forte la separazione tra l'acquisto del legato e l'adizione dell'eredità? Poichè in fondo nel diritto moderno i beni del defunto passano immediatamente nell'erede e l'adizione non ha che il significato di una consolidazione dell'acquisto, quasi come l'accettazione di un legato.

Il Ferrini ha ragion da vendere quando, più sotto, chiama arbitraria la giustificazione comune della caducità parziale del prelegato romano, cioè il preteso conflitto logico nascente dalla contraddizione di soddisfare a se stesso un debito; giustamente ricorda che "di regola il diritto del legatario è reale." La sua critica insomma coglie nel segno; ma qual è per lui la spiegazione della caducità parziale del prelegato romano? Il Ferrini non iscorge che, facendo *tabula rasa* di quella meschina ragione formale, convien pure sostituirla qualch'altra, ed egli non sostituisce nulla.

Quando poi, per ribadire nuovamente la tesi giusta, che il prelegato nel diritto moderno non si cada per la quota dell'erede prelegatario, egli fa richiamo al fatto che il legatario non deve chiedere che il possesso all'erede "argomento questo per ritenere ch'egli è già proprietario; „ quando da ultimo egli osserva allo stesso scopo che "i nostri concetti sulla istituzione di erede, sull'adizione dell'eredità e la sua efficacia sono, anche là dove la forma non appare alterata, nella sostanza profondamente mutati „, io torno a meravigliarmi come egli voglia nascondersi che circa il primo punto (acquisto immediato della proprietà del legato) lo stesso era in diritto romano e circa l'adizione che l'essenza n'era bensì diversa in diritto romano, ma in guisa tale, come sopra osservai, da render più netto e chiaro l'acquisto anticipato della proprietà della cosa legata. Com'è avvenuto sovente a intelletti elevatissimi, come avvenne a un suo grande vicino, il Volta, anche il Ferrini a un certo punto s'è chiuso volontariamente la via alla scoperta del vero.

s'erano andati organizzando per ovviare indirettamente alle conseguenze più aspre. Vi fu tuttavia nella storia del diritto romano un momento in cui la reazione del nuovo scopo prese a scalzare direttamente la base dell'istituto: è il momento in cui la tendenza verso l'*aequitas* raggiunse, direi quasi, nella legislazione il suo apogeo, e lo spirito pratico dei giureconsulti romani ebbe i suoi più perfetti rappresentanti: l'epoca degli Antonini e dei Severi ¹.

In una legge di Marcello io trovo figurato in guisa drammatica questo momento critico della eredità nella storia del diritto romano. Racconta Marcello come un tale avesse cancellato i nomi degli eredi dal suo testamento: doveva, pare, nella specie subentrare il fisco. Però il defunto aveva elargito dei legati: debbon essi valere o cadono in una coll'istituzione di erede? Giusta i principî puri del diritto romano non vi poteva esser dubbio che il testamento è oramai totalmente inefficace, e la maggior parte dei giureconsulti decisero per vero che i legatari si dovessero escludere. Era l'incalzante spirito della nuova equità che solo poteva resistere a questa dura sentenza e trarre alcuni non solamente a dubitare, ma ad ammettere che nel caso il testamento doveva esser valido quanto al resto. Marcello è trascinato in questa nuova corrente e conclude il suo discorso con dire: « In re dubia benigniorem interpretationem sequi non minus iustus est quam tutius. »

Ma la parte più mirabile del frammento di Marcello è quella in cui con movimento vivace e una caratteristica lotta di principî tra gli avvocati del fisco e de' legatari è riportata la discussione e la sentenza del principe. Questa parte di una legge, che è tutta un prezioso documento della crisi dell'eredità romana, merita di esser qui riferita integralmente: « Sententia imperatoris Antonini Augusti Pudente et Pollione consulibus. Cum Valerius

¹ È l'idea del Costa, ch'io accetto pienamente.

Nepos mutata voluntate et inciderit testamentum suum et heredum nomina induxerit, hereditas eius secundum divi patris mei constitutionem ad eos qui scripti sunt pertinere non videtur. Et advocatis fisci dixit: *Vos habetis iudices vestros*. Vibius Zeno dixit: *Rogo, domine imperator, audias me patienter; de legatis quid statues?* Antoninus Caesar dixit: *Videtur tibi voluisse testamentum valere, qui nomina heredum induxit?* Cornelius Priscianus advocatus Leonis dixit: *Nomina heredum tantum induxit*. Calpurnius Longinus advocatus fisci dixit: *Non potest ullum testamentum valere, quod heredem non habet*. Priscianus dixit: *Manumisit quosdam et legata dedit*. Antoninus Caesar remotis omnibus cum deliberasset et admitti rursus eodem iussisset, dixit: *Causa praesens admittere videtur humaniorem interpretationem, ut ea dumtaxat existimemus Nepotem irrita esse voluisse quae induxit.* » ¹

12. Come in altri miei scritti, io giungo pure in questo a un risultato che può sembrar negativo e mesto per la scienza del diritto romano. Non è peraltro così: nè i miei risultati son la condanna di tutti i principî del diritto di successione romano, nè il frutto che si ricava dallo studio del diritto romano è meno utile alla scienza e alla pratica in quelle parti che l'evoluzione moderna ha respinto. Non è il mio risultato una piena condanna, perchè, anzi, nell'ultimo stadio del diritto romano e nella compilazione giustiniana le materie di gran lunga più abbondanti e pratiche nel campo della successione sono costituite dai principî non disadatti alla mutata funzione dell'eredità, da quegli altri che rappresentano deroghe e adattamenti del vecchio concetto, e finalmente dai nuovi istituti sorti nel nuovo ambiente. Ma dato pure che il risultato sia negativo, non è, come dico, infruttuoso e mesto. Sotto il punto di vista pratico, esso consiglia la maggior cautela nel giovarsi

¹ L. 3 D. *De his quae in test.* del. 28, 5.

delle leggi romane per interpretare e integrare le nostre; alle leggi romane solo allora si può far ricorso con piena sicurezza, quando un esame preliminare abbia stabilito che non trattasi di principi inerenti al concetto supremo dell'eredità romana. Per la scienza io credo poi del più alto interesse tutto ciò che conduce a determinare e colorire il concetto naturalistico del diritto, apparecchiando così lo strumento più adeguato per intenderne l'evoluzione, divinare la origine, mostrar nell'avvenire la meta degli istituti vigenti. La storia del diritto sarà più sicura e più fertile di ammaestramenti, quando avremo appreso a ricavarla dalle viscere istesse, per dir così, di un diritto positivo, non dalle notizie monche e fallaci dei suoi momenti decorsi: la scienza della legislazione avrà basi più solide, quando lasciate le astratte elucubrazioni circa i sistemi ideali di diritto o conformi alle esigenze dei tempi, si applicherà a determinare le relazioni concrete tra la struttura e la funzione degli istituti giuridici, così nello stato come nel movimento loro, a ricercare i mezzi per rendere via via il diritto *esistente* adatto agli scopi che la vita mutevole gli pone. Ma gli elementi atti a fondare una simile concezione del diritto gli è solo dalla romana e da nessun'altra legislazione, passata o presente, che è lecito sperarli.

Se un grande filosofo moderno, lo Spencer, avesse conosciuto il diritto romano, se il Maine fosse stato qualcosa più che un dilettante, avremmo avuto, io credo, un minor numero d'induzioni fallaci e insussistenti, come a me fan l'effetto, in questi due popolarissimi scrittori, un minor numero d'errori storici e sociologici diffusi pel mondo e un maggior tesoro di scienza positiva. L'interesse scientifico dello studio del diritto romano non scema pertanto, ma s'accresce per quelle parti che l'evoluzione ha soppresso. E come la nostra scienza ha tutti i vantaggi dello studio della natura, così n'ha pure la inesauribile varietà di aspetti, l'attrattiva singolarissima e la freschezza immortale.

P. BONFANTE.

Un'iscrizione relativa a L. JAVOLENUS PRISCUS.

A Gurbata, in Tunisia, si è recentemente scoperta un'iscrizione, che si riferisce al noto giureconsulto Giavoleno, e della quale il signor De Villefosse ha data comunicazione all'Accademia d'iscrizioni e di Belle lettere di Francia. Ecco il testo dell'epigrafe, che togliamo dalla *Nouvelle Revue historique*, 1894, pag. 556:

..... II · [c]o[s
de] SIG · X · P · P ·
l. i a] VOLENO · PRISCO
LEG · AVG · PROPR
CIVITAS TI /// ENS

Se la frase *consul desig[natus]* X è esattamente riferita, il tempo dell'iscrizione può riportarsi all'anno 83, e quindi indurne che Giavoleno fu legato in Numidia prima dell'anno 83, che è la data proposta da De Lessert. Allora la carriera di Giavoleno può riassumersi così: legato di Numidia e comandante della tredicesima legione Augusto nell'anno 83; *juridicus provinciae Britanniae* e poi console fra l'83 e il 90, e nel 90 legato console della Germania superiore, indi legato console di Siria e proconsole d'Africa nell'ultimo decennio del primo secolo: carriera svoltasi tutta sotto i regni di Tito e di Domiziano. Plinio il Giovane lo trova vecchio e disfatto, fra il 106 e il 107, sotto Traiano.

A proposito di Giavoleno, ricordiamo i *Fastes de la Numidie*, pubblicati nella *Recueil des notices et mémoires de la société archéologique de Constantine* (1888, t. XXV), dove De Lessert ha raccolto tutte le notizie epigrafiche relative all'illustre giureconsulto, e il diploma militare del 27 ottobre 90, pubblicato dal Mommsen nel *C. I. L.*, t. 3°, p. 1965.

Di un nuovo manoscritto del Codice Epitomato

Nell'alto Medio Evo, secondo Conrat ¹ alla fine del secolo settimo o nel secolo successivo, il Codice Giustiniano, che già in epoca più antica aveva subito una sistematica mutilazione nelle iscrizioni, venne ridotto ad un magro compendio, nel quale mancavano per intero i tre ultimi libri e dei primi nove erano state accolte solo poche costituzioni, cioè appena la quarta parte ² di quelle contenute nel Codice genuino. Questo compendio, detto dai moderni *Epitome Codicis*, venne ben presto arricchito con costituzioni tolte da esemplari completi del Codice, e che, scritte dapprima a margine degli Epitomati, finivano poi sempre col passare nel testo per opera dei trascrittori, lasciando così i margini dei nuovi manoscritti liberi per ulteriori aggiunte.

Per le numerose costituzioni penetrate in tal modo a poco a poco dai margini nel testo dell'*Epitome*, e naturalmente il più delle volte fuor di luogo, l'ordine delle costituzioni contenute nell'*Epitome*, che chiameremo ora per brevità *aucta*, venne a non corrispondere più affatto a quello genuino del Codice, ma ad essere invece intieramente sconvolto, come lo vediamo nei pochi mss. dell'*Epitome* giunti fino a noi.

Dell'*Epitome aucta* faceva già uso l'autore della *Lex romana canonice compta* non più tardi del principio del secolo nono, ma

¹ *Geschichte der Quellen*, I, 190.

² KRUEGER, *Cod. Just.* p. XVIII: CONRAT, o. c., p. 188.

forse anche prima; ¹ e il lavoro per completare il Codice durò poi ancora più di tre secoli, fino alla scuola di Bologna, la quale ebbe il grande merito di essersi proposto e di avere in gran parte conseguito lo scopo di restituire il Codice nella sua forma genuina, salvo per le iscrizioni e sottoscrizioni, che vennero trascurate, e per le parti greche, che mancavano già affatto negli Epitomati. ²

Può da principio far meraviglia il vedere come i glossatori, invece di far trascrivere gli antichi mss. del Codice completo, abbiano preferito di completare e riordinare, con non poca fatica, i mss. del Codice epitomato. Certo la ragione principale sta in ciò, che i mss. completi del Codice dovevano ormai essere rarissimi, ³ e molto numerosi invece gli epitomati. Quindi la trascrizione di un esemplare completo avrebbe forse presentato gravi difficoltà, mentre, d'altra parte, dato il prezzo dei mss., non sarebbe stata piccola differenza di spesa per i possessori di Codici epitomati il procurarsi una nuova copia del Codice intiero, invece del solo supplemento.

Comunque ciò sia, il Krüger ha dimostrato molto bene la derivazione dei mss. bolognesi dagli epitomati, ⁴ e l'opera dei glossatori era del resto stata giustamente apprezzata anche dal Savigny e dal Biener. ⁵

I mss. dell'*Epitome aucta* finora segnalati sono appena tre e relativamente non molto antichi, ma hanno un'importanza capitale per la critica, perchè, all'infuori di essi e dei frammenti veronesi,

¹ Secondo Conrat, o. c., p. 209, la *lex rom. can. computa* potrebbe risalire all'epoca della dominazione bizantina in Italia.

² KRUEGER, *Cod. Just.*, I. c.

³ KRUEGER, *Cod. Just.*, p. XXXVIII, afferma però che i Bolognesi per supplire alle lacune degli Epitomati usarono due o più manoscritti, non uno solo, contro quanto aveva sospettato in *Kritik des Justin. Codex*, p. 36.

⁴ *Cod. Just.* p. XVIII.

⁵ SAVIGNY, *Gesch. des röm. Rechts im M. A.*, 2^a ed., III, 1834, 486 e seg.: BIENER in BIENER und HEIMBACH, *Beiträge zur Revision des Just. Codex*, 1833, p. 5. Del resto questi due scrittori non conoscevano ancora bene nessuno dei tre mss. epitomati. Forse troppo severo è il giudizio di KRUEGER, *Kritik*, p. 1.

non possediamo alcun ms. del Codice, che non ci rappresenti la recensione bolognese.

Il più antico dei tre mss. è il Pistoiese, noto da molto tempo e giudicato della fine del secolo decimo.¹ Segue il Parigino 4516, della fine del secolo undecimo,² ed il Darmstadiense 2000, del secolo undecimo o duodecimo.³

A questi tre mss. deve aggiungersene un quarto rimasto finora affatto sconosciuto, benchè, sotto un certo punto di vista, più notevole di tutti gli altri, essendovi unito un supplemento, che comprendeva le costituzioni mancanti nell'*Epitome*.

Questo prezioso ms. è conservato nell'Oliveriana di Pesaro, e porta il n. 26. La provenienza ne è ignota: solo sappiamo, che appartiene all'antico fondo Oliveriano.⁴

¹ Un facsimile in fototipia si trova in CHIAPPELLI, *La glossa Pistoiese al Codice Giustiniano*, Torino, 1885 (dagli atti dell'Accademia). In base ad esso Schum giudicò appunto il Ms. della fine del sec. X (V. FITTING, in *Zeitschr. der Sav. Stift. für Rechtsgesch. R. A.* VII, p. 2); e forse si potrebbe giungere anche all'undecimo, tenendo conto, sia dell'impressione generale, sia di alcune particolarità, come per es. del trovare per ben tre volte la *et* indicata col segno tironiano, rassomigliante alla cifra 7, forma che giustamente venne qualificata come "relativamente moderna", e "raramente adoperata prima del mille", (F. NITTI in *Arch. stor. ital.* V. Ser., XII, 259: CIROLIA, *L'antica biblioteca Novaliciana*, Torino 1894, p. 17: dagli atti dell'Accademia). Però a non staccarci dallo Schum ci determinano la forma piuttosto arcaica, che ha qualche volta la *c* e spesso la *g* e la *r*, l'uso regolare dei dittonghi e specialmente il fatto che la scrittura, di altro amanuense, ma necessariamente contemporanea, di cui è dato il facsimile da Krueger nella sua edizione del Codice, non pare assolutamente posteriore al secolo X. Il ms. Pistoiese è mutilo in più luoghi; e finisce in VIII, 48, 6.

² Facsimile nell'edizione del Codice di Krueger: è l'unico ms. completo dell'*Epitome Codicis*.

³ È mutilo in fine, giungendo solo fino a IX, 16, 8.

⁴ Apparteneva cioè all'erudito pesarese Annibale degli Abati Olivieri, morto nel 1789. Nella lettera dello Zaccaria al Cardinale Querini del 1° luglio 1745 stampata in (CALOGERA) *Raccolta d'opuscoli scientifici ecc.* XXXV, 1746, p. 101 e segg. e ristampata in *Excursus litterarii per Italiam*, I, 1754, p. 9 e segg., lo Zaccaria descrive ed indica alcuni dei mss. Oliveriani (*Opuscoli*; p. 122-126: *Excursus*, p. 15 e segg.); ma il nostro o non era ancora posseduto dall'Olivieri, o passò inosservato. Fra i Mss. Oliveriani ve ne sono parecchi posseduti prima dal Diplovataccio. Notevole fra essi, oltre alle note opere del Diplovataccio stesso, il ms. n. 58, che contiene molti consigli autografi di Baldo ed altri eminenti giuristi del sec. XIV.

Il ms. è disgraziatamente mutilo, poichè dei tredici quaternioni, ossia 104 fogli, che formavano la parte più antica, contenente l'*Epitome aucta*, restano solo 57 fogli, e del supplemento solo 19 fogli, che appartenevano a sei quaternioni diversi.

I fogli membranacei misurano cm. 30 per 19, e sono scritti a piene linee, in numero di 45 per pagina nella parte più antica, di 54 nel supplemento. Linee e margini sono tracciati colla punta. La rilegatura in cartone rimonta solamente al secolo scorso. Oltre alle numerose lacune, molti fogli si trovano spostati: sembra però che il ms. fosse ancora completo, o almeno in molto migliore stato, nel secolo XVI o XVII, alla quale epoca risalgono poche tracce di numerazione dei fogli in cifre arabiche.

Veniamo ora a parlare separatamente delle due parti, di cui era composto il ms. La parte più antica, cioè l'*Epitome aucta*, è scritta in caratteri minuscoli da due mani, a mio avviso del principio del secolo duodecimo, e che si alternano, comparendo talora entrambe nello stesso foglio (per es., nei fogli 56 e 57). Quella che chiameremo seconda mano, dalla quale sono scritti, per esempio, i fogli 50-55 e 62-64, si distingue per maggiore regolarità e per essere la scrittura assai più minuta e serrata. Ciò si vede anche molto bene facendo il calcolo del contenuto, perchè mentre, per es., i fogli 14, 24 e 40 contengono ciascuno quanto corrisponde a meno di 90 linee dell'edizione maggiore di Krüger, i fogli 62-64 hanno un contenuto corrispondente in media a circa 115 linee. Le rubriche sono ordinariamente a margine in rosso. Le iniziali nulla hanno di notevole tranne, in principio, l'uso del giallo e dell'azzurro, oltre al solito minio.

Per ricostruire l'antico stato del ms. e determinare l'estensione delle lacune abbiamo i seguenti dati: 1° la numerazione in cifre arabiche dei fogli 1-12 e 14 segnati 1-8, 10, 11, 14, 15 e 18; 2° tracce dell'antica segnatura dei quaternioni, trovandosi il numero I nel margine inferiore del foglio 8, il IV nel margine del f. 21, il VI

nel margine del f. 26, tracce dell'XI nel f. 47¹ e del XII nel f. 51, e per ultimo il XV in fondo del f. 74; 3° il confronto col contenuto degli altri mss. dell'*Epitome aucta*; 4° l'esame del supplemento stesso del nostro ms., dal quale risulta quali costituzioni fossero contenute in alcune parti dell'*Epitome* ora mancanti; 5° l'osservazione esposta sul contenuto approssimativo di ogni foglio del ms. in rapporto coll'edizione Krügeriana maggiore.

Basandoci su tutti questi dati giungiamo ai seguenti risultati. Completati si sono conservati solo tre quaternioni, il primo (f. 1-8), l'undecimo (ff. 43, 42, 46, 48, 49, 47, 45, 44) e il dodicesimo (ff. 50, 52, 53, 56, 57, 54, 55, 51). Del secondo quaternione si conservano i fogli 2, 3, 6 e 7 (f. 9-12); del terzo i fogli 2, 4 e 7 (f. 14-16); del quarto i fogli 1, 2, 3 ed 8 (f. 18-21); del quinto e sesto solo sei fogli in tutto (f. 22-27), forse i quattro ultimi del quinto ed i due ultimi del sesto; del settimo forse i fogli 3, 4, 6, 7 (f. 28-31); dell'ottavo e del nono i ff. 3-6 (f. 32-39); del decimo un solo foglio, forse il primo od il secondo (f. 40); infine del decimoterzo probabilmente i ff. 3, 4 e 6 (f. 62-64).

La ricostruzione tentata non è certa in tutte le parti, perchè scrivendo non ho presente il ms., e d'altra parte moltissimi fogli di esso erano completamente staccati e vennero riuniti dal legatore mediante piccole striscie di pergamena incollate; ² infine, perchè gravi difficoltà nascono anche dal fatto delle due mani così diverse per la compattezza e quindi il contenuto dei singoli fogli. Del resto la cosa non ha naturalmente una grande importanza.

Prima di venire a parlare del supplemento, diamo ora anzitutto il contenuto dei 57 fogli della parte più antica.

Il titolo, a capo del primo foglio, corrisponde a quello del ms.

¹ Così almeno ho scritto nelle mie note, ma veramente l'ultimo foglio dell'XI quaternione è senza dubbio l'attuale 44, non il 47.

² Attualmente il ms. è composto di 21 fascicoli, se così possono chiamarsi, i quali hanno rispettivamente il seguente numero di fogli: 8, 4, 5, 5, 2, 3, 4, 4, 5, 5, 2, 2, 6, 2, 2, 2, 3, 6, 2, 2, 2.

Pistoiese: In nomine domini imperatoris iustiniani. Incipit liber primus de summa trinitate et fide catholica et ut nemo de ea publice contendere audeat.

Seguono le costituzioni, di cui diamo l'indice, segnando con *R* le rubriche e chiudendo fra parentesi il numero, che tali rubriche portano nel ms., e le altre indicazioni, che vi sono talora aggiunte, ossia *cap.* (capitulum), *T.* (titulus) e *R.* (Rubrica).

LIBRO PRIMO.

f. 1-8.

I, R, 1, 4: III, R, 26, 27, 30, 32 dal § 4 *Oc nichilominus* alla fine del § 6 *plectendis*, 36, 33, 40, 37, 49, 50, 51, 54: IV, R, 1... 4, 6, 8: III, 32, 1, 2, 3, 5... 8, 10, 11, 13, 15, 25, 16, 17, 20, 22, 24: IV, 9, 10, 12, 15, 16, 24 *a*), 28: V, R, 1: VII, 2, 5: VI R, (VI), 2: VII, R, 1: VIII, R (VIII), 1: IX, R (VIII), 3, 8, 14, 6, 15, 16: X, R (X), 1, XI, R (XI), 1, 6: XII, R (T. XII), 1, 2, 5, 6: XIII, R (XIII), 1, 2: XIV, R (XIII), 1, 2, 5, 4, 8, 6, 9, 12: XV, R (XV), 1: XVI, R, 1: XVII R (R), 2... 5, 10, 7, 11, 12, 13: XIX, R (XIII), 3, 4, 7: XX, R, 1: XXI, R (XXI), 2, 3: XXII, R (XXII), 1, 3, 5, 6: XXIII, R (XXIII), 1, 4, 5: XXV, R (XXIII), 1: XXVI, R (XXV), 3: XL, R (XXVI), 1, 5:

[Manca un foglio].

f. 9-10.

LI, 14 dalle parole *quibuscumque advocacionem suam...*: L, R, 2: LIV, R (LI), 1, 6: Codicis justiniani Repetitae prelectionis explicit liber primus. Incipit liber secundus de edendo cap. I.

LIBRO SECONDO.

I, R (cap. I), 1... 4: II, R (II), 1, 2, 3: III, R (III), 2... 7, 9, 8, 11... 18, 20... 29: IV, R (III), 1, 2, 6, 7, 10, 13, 14, 16, 18... 21 fino alle parole *pro infectis habitis*.

[Mancano due fogli].

a) Comincia colle parole *ab ingenuis genitoribus*. Le parole precedenti *Nemini licere volumus sive* sono supplite a margine da mano posteriore.

f. 11-12.

XII, 11, 14... 24, 26: XIII, R (XIII), 1, 2: XIV, R (XIII), 1: XV, R (XV), 1, 2: XVI, R (XVIII), 1, 2: XVII, R (XVIII), 1... 4: XVIII, R (XVIII), 24 *b*), 2, 3, 4, 7... 19, 23, 22: XIX, R (XVIII), 1, 3 fino alle parole *distrahere coactus est*.

[Mancano due fogli].

f. 14.

XXXVI, 1, 3: XXXVII, R (XXXVII), 1, 2: XXXVIII, R (XXXVIII) 2: XXXIX, R (XXXVIII) 1, 2: XLI, R (XL), 2: XL, R (XL), 1, 2, 4, 5: XLII, R (XXLI!), 1, 2: (XLIII, R (XLII) cancellata): XLII, 3: XLIII, R, 1: XLIV, R (XLIII), iscrizione della cost. 1.

[Manca un foglio].

f. 15.

LIV, 1 da *celebreta* (!): LV, R *c*) (LV), 1, 2, 6: LVI, R, 1: LVIII, R (LVIII) *d*), 1, 2, fino al § 6, *cadat ab instituta*...

[Mancano due fogli].

LIBRO TERZO.

f. 16.

I, 14 dalle parole del § 3 (ab omnibus iudicibus) *observandum*, 15, 16: II, R *e*), 1: III, R, 5: VI, R, 1, 2: V, R (VI), 1: VII, R (VII), 1: VIII, R (VIII), 3, 4: IX, R (VIII), 1: X, R (X) *f*), 3: XI, R (XI), 1 fino a *nam amplius quam tres*...

[Manca un foglio].

f. 18-20.

XIII, 7: XIV, 1: XV, R (XV), 1, 2: XVI, R (XVI), 1: XVII,

b) A margine in rosso è notato: *ultima est hec*, come è infatti.

c) Il ms. ha *De receptis LV arbitris*. Cfr. il ms. *R* in Krueger.

d) A margine in rosso: *hic debet esse de formulis et impetratione*, notando così l'omissione del titolo LVII.

e) Il ms. ha *c. g. R*; ed a margine in rosso: *hic constitutiones graecae*. Cfr. l'apparato di Krueger alla pag. 240, lin. 1.

f) Il ms. ha: *X lex graeca tit. de plus petitionibus*.

R (XVII), 1: XVIII, R (XVIII), 1: XX, R (XX): XIX, 3: XX, 1: XXI, R (XXI), 1: XXII, R (XXII), 1... 4: XXIV, R (XXIII), 1, 2: XXII, 6: XXVI, 4: XXVII, R (XXVII), 1, 2: XXVIII, R (XXVIII), 1... 8, 12... 19, 21, 22, 23, 26... 34 fino a *nulla heredi* (tatis petitione...)

[Mancano quattro fogli].

f. 21.

XXXV, 2... 6: XXXVI, R (XXX...) 1, 8, 3, 11... 15, 17: XXXI, 6: XXXVI, 18... 22, 25, 26: XXXVII, R (XXXVII), 1 fino alle parole *revocari non oportet*...

[Mancano forse quattro fogli].

LIBRO QUARTO.

f. 22-25.

II, 8 dalle parole *minoris esse pretii pignus*...; X, 10... 14: XI, R (XI), 1: XII, R (XII), 1... 4: XIII, R (XIII), 1, 2, 4, 5: XIV, R (XIII), 1... 6: XV, R (XV), 1, 2, 4, 5: XVI, R (XV), 1, 3, 2, 5, 4, 7: XVII, R (XVII), 1: XVIII, R (aggiunta), 1, 3: XIX, R (XVIII), 1... 12, 15, 16, 17, 19, 22... 25, 20: XX, R, 1... 12, 14, 17, 18, 19: XXI, R, 1, 3, 5, 6, 8... 15, 17, 18, 20, 21: XXII, R (XXII), 1... 5: XXIII, R (XXIII).

[Mancano forse sei fogli].

f. 27 e 26.

XXXII, 25: XXXIV, 5, 7: XXXII, 26, 27, 28: XXXIII, R (XXXIII) *g*), 1, 2, 4: XXXIV, R (aggiunta?) *h*), 1... 4: XXXV, 8, 5: XXXIV, 6, 8, 9, 11, 12, 10: XXXV, R (XXXV), 4, 1, 2, 3, 7, 6, 9, 11... 21: XXXVII, R (XXXVI) *i*), 1, 2.

[Mancano due fogli].

f. 28 e 29.

XLIX, 4... 7, 10, 9, 11, 8, 12, 13, 15, 16: L, R (L), 1... 6, 8, 9: LIV, 5: LI, R (LI), 1, 2, 5, 6, 7, 3: LII, R (LII), 3, 4: LIII,

g) Il ms. aggiunge c. *g*.

h) Il ms. ha *De depositis* come i mss. A L.

i) *Pro socio* è scritto d'altra mano su raschiatura.

1: LII, 5: LIV, R (LIIII), 1... 4, 6, 7, 8: LVIII, R (LV), 1, 2, 3: LX, R (LX), 1: LXI, R (LXI), 5, 7, 10, 12 fino alle parole *titulorum* (vel pragmaticis...)

[Manca forse un solo foglio].

f. 30, 31.

LXV, 23 da (locatio ei) *facta, qui post...*, 24, 25, 26, 28, 29, 32, 33: LXVI, R (LXVI), 2, 3. Explicit liber IIII, incipit quintus. De sponsalibus et sponsaliciis et proxaneticis.

LIBRO QUINTO.

I, R, 1... 5: III, 2, 3, R, 4, 8, 9, 5, 6, 7, 10, 11, 14, 12, 13, 16, 15, 17, 18 fino a *liberorum donaverat...*

[Mancano forse tre fogli].

f. 32-35.

XVI, 14 dalle parole *ascripta unde te voluntatis...*, 15... 19, 23... 26: XVII, R (XVII), 2, 4, 5, 6, 9, 10, 11 fino a tutto il § 1; XVIII, R, 4, 10, 11: XXI, R, 1, 2: XXII, R (XXII), 1: XXV, R (XXV), 1... 4: XXVII, R (XXVI), 1, 2, 6, 8: XXVIII, R (XXVIII), 6: XXIX, 4: XXX, R, 1, 2: XXXI, R (XXXI), 1, 2, 4, 5, 8, 11: XXXII, R (XXXII), 1: XXXIV, 2, R (XXXIII), 3, 5... 8, 12: XXXV, 1, R (XXXV), 3: XXXVI, R (XXXVI), 5: XXXVII, R (XXXVII), 13, 14, 16, 20, 21, 22, 24, 23: XXXVIII, R (XXXVIII), 2; XXXIX, R (XXXVIII), 2... 4 fino a *tibi queri potuit contra succes* (sores).

[Mancano quattro fogli].

LIBRO SESTO.

f. 36-39.

II, 22 da (commodati) *actioni suppositus* del § 4: III, R (III), 1, 3, 6, 11, 12: IV, R (IIII), 2, 3: V, 1, R, 2: VI, R (VI), 1... 4, 6, 8: VII, R (VII), 2, 4: IX, 1, 2, R, 3, 4, 6, 8: X, R (X), 1: XI, 1, R, 2: XIII, R (XVI), 2: XII, R (XII), 1, 2: XIV, R (XIII), 2: XV, R (XX), 1 *k*): XVII, R (XVII), 1: XVIII, R (XVII), 1:

k) A margine in rosso è segnato il principio delle quattro leggi omesse: *cum priorem* (invece di *propriorem*); *nepotibus*; *non hoc*; *certum est*.

XIX, R (XVIII), 2: XX, R, 1, 4, 6, 7, 9... 13, 15, 17, 21: XXII, R (XXI), 3, 6, 8, 10, 12: XXIII, R (XXIII), 7, 20: XXIV, 4: XXIII, 24, 31: XXV, R (XXV), 10: XXIX, R (XXVII), 1, 2: XXX, R (XXX), 8, 10, 11, 14, 16, 18 fino alle parole del § 2 *Parente vero non subsis* (tente)...

[Mancano forse due fogli].

f. 40.

XLII, 32 da *nullisque aliis adventitiis probationibus...*: XLIII, R (XLIII), 2, 3: XLVI, R (XLVI), 6 fino al § 2 *in libertatem quidem ipse...*

[Mancano forse sette fogli].

LIBRO SETTIMO.

f. 43, 42, 46, 48, 49, 47, 45, 44, 50, 52, 53, 56, 57, 54, 55, 51.

XIV, 5 dalle parole *seu errore seu malignitate...*, 6, 11... 14: XV, R (XV), 3: XVI, 1, R (XVI), 2, 3, 6, 8, 10, 12, 13, 14, 16, 17, 18, 20, 21, 22, 24, 25, 26, 29... 34, 39: XVII, R, 1, 2: XVI, 42: XVIII, R, 2, 1: XIX, R, 1... 6: XX, R (XX), 2: XXI, R (XXI), 2, 4, 6, 8: XXII, 3, R, 1, 2: XXVI, 1, 4, R (XXVI), 2, 3, 5, 6, 7, 9: XXVII, 1, R (XXVII), 2: XXIX, R, 2, 4: XXX, R, 1, 3: XXXII, R, 1, 3, 6, 5, 7... 11: XXXIII, R (numero illeggibile), 2, 4, 6 l), 7: XXXIV, R (XXXIII), 3, 4: XXXV, R (XXXV), 1... 4, 8, 5: XXXVIII, R (XXXVIII), 2, 3: XXXIX, R (XXXVIII), 2, 8, 3, 4, 7: XL, R (XL), 1, 2 m): XLI, R (XLII), 3: XLIII, R (XLIII), 2, 1, 6, 3, 4, 7... 10: XLIV, R, 2, 3: XLV, R, 3, 4, 9, 13, 6, 14: XLVII, R, 1: XLVIII, R, 1: XLIX, R: XLVIII, 4: XLIX, 1, 2: L, R (LI), 1, 2, 3: LI, R, 1, 2: LII, R, 1, 2, 4, 5, 6: LIII, R, 1, 4, 7, 3: LIV, R (LVI), 2: LVI, R (LVII), 1, 2, 3: LVII, R (LVIII),

l) Anche il nostro ms. ha, unita al testo, la parola *Accepta* della sottoscrizione.

m) Il ms. ha l'aggiunta *sua auctoritate eas res usurpare sed* come *PL^a R^a. V.* KRUEGER a pag. 678, lin. 12.

1, 2, 3, 7: LVIII, R, 1... 4: LIX R (LXI), 1: LX, R (LXI), 1, 3: LXII, R (LXII), 1, 3, 14, 15, 11, 20, 21, 37: LXIV, R, 7: LXII, 30, LXIV, 10: LXV, R (LXV), 1, 2, 6: LXVI, R (LXVI), 1, 2, 3, 6: LXVII, R, 1, 2: LXVIII, R (LXVIII), 1: LXXI, R (LXVIII), 1, 2: LXXII, (R raschiata), 5: LXIX, R (LXXI), 1: LXXII, R, 8, 9, 10: LXXIV, R, 1. Explicit liber VII. Incipit liber VIII de interdictis.

LIBRO OTTAVO.

I, R, 1, 2, 3: II, R, 3: IV, R, 1... 7, 9, 10, 11: VII, R, 1: V, R, 1, 2: VIII, R, 2, 3: IX, R, 1: X, R: IX, 2: X, 2, 4... 7, 9: XI, R (aggiunta), 6: XIII, R, 1, 3, 6, 7, 8, 10, 11, 14, 15, 16, 18, 19, 20, 22... 26: XV, R, 1... 4, 6, 8, 5: XVI, R, 1, 6, 8: XVII, R, 1, 3, 5... 9: XIX, R, 2, 3: XX, R, 1: XXII, R, 1, 3: XXIII, R, 1, 2: XXIV, R, 1, 2: XXV, 2, R, 3... 6, 10: XXVII, R, 1, 2, 3, 5... 8, 10, 11, 12, 14, 15, 18: XXVIII, R: XXVII, 20: XXVIII, 2: XXIX, R, 1... 4: XXX, R: XXIX, 5: XXX (R aggiunta), 1, 2, 3: XXXI, R, 1, 2: XXXII, R, 1, 2: XXXIII, R, 2, 3: XXXIV, R, 1, 2: XXXV, R, 8, 12, 13, 1: XXXVI, R, 1, 2, 3, 5: XXXVII, R, 2, 9, 10, 11, 13: XXXVIII, R, 1: XXXVII, 15: XXXVIII, 2, 4, 5, 6: XXXIX, R, 1: XL, 4, R, 2, 9, 10, 8, 11, 16, 18, 17, 22, 24, 25, 28, 26, 27: XLI, R, 1, 8: XLII, R, 1, 7, 8, 9, 12, 14, 16, 17, 19, 25: XLIII, R, 1, 2, 3: XLIV, R, 1, 3, 4, 6... 10, 12, 14, 15, 17, 19, 21, 23... 28, 31: XLV, R, 2: XLVI, R, 2... 5, 8: XLVII, R, 4: XLVIII, R, 3, 2, 6: XLIX, R, 1; L, R, 17, 18 *n*): LI, R, 2, 3: LII, R, 1, 2, 3: LIII, R, 1, 6, 10, 11, 12, 14, 17, 18, 20, 24, 25 fino alle parole *sive conditione faciendi ac non fa* (ciendi)...

[Mancano due fogli].

n) Solo le prime parole sono di mano antica: il resto venne aggiunto, come diremo, da chi scrisse il supplemento.

LIBRO NONO.

f. 62, 63.

VII, 1 dalle parole *dicta pensemus...*: VIII, R, 3, 6 o): IX, R, 1... 6, 13, 17, 7... 11, 14, 12, 18... 22, 26... 30, 32, 33: X, R, 1: XI, R, 1: XII, R, 1, 3, 5, 4, 2 (d'altra mano su raschiatura), 6... 9: XIII, R, 1 fino al § 1 c, *in provinciis autem tam...*

[Manca un foglio].

f. 64.

XIX, 3 dalle parole *multentur, ut eam largitionibus nostris inferre cogantur*, 4: XX, R (XVIII) p), 1, 2, 3, 6, 7, 9... 13, 15, 16: XXII, R, 4... 8, 12, 14... 19, 22, 24: XXIII, R, 3, 4, 6: XXIV, R (XXI), 1 fino alle parole *ilico prodituri ac si* (dignis suppliciis)...

[reliqua desunt]

Tutte le costituzioni hanno l'iscrizione, in generale, abbastanza corretta; invece le sottoscrizioni mancano completamente ¹ a differenza di quanto si riscontra negli altri mss. dell'*Epitome*. ² Quanto al contenuto, confrontando il nostro ms. cogli altri, vediamo che in esso mancano poche delle costituzioni, che si trovano di prima mano nel ms. Pistoiese, ³ ma vi mancano invece molte delle aggiunte di questo ms. Quanto al ms. Parigino e al Darmstadiense, essi già di prima mano contengono molte costituzioni, mancanti nel ms. di Pesaro, ⁴ il quale però contiene anche esso, specialmente nel primo libro,

o) Dopo la cost. 3 e dopo 6 venne aggiunto in rosso *C. A.*, il che confermerebbe la notizia dataci dal ms. viennese 2267 in Krüger a pag. 821, lin. 8.

p) il ms. ha: *ad l. Favian VIII* e sopra: *de plagiaris*, come Mb.

¹ V. però sopra nota l.

² Però nel ms. Parigino "inde a libro tertio complures legum inscriptiones data opera abstersae sunt," e nel Darmstadiense "subscriptiones constitutionum in libro secundo ex parte erasae, inde a 3, 34, 11 fere omissae sunt. V. KRUEGER, *Cod. Just.* p. VI.

³ Vi mancano ad es. le costituzioni II, 3, 30; III, 1, 17: 22, 5: 26, R, 1, 3, 7, 8, 9, ecc.

⁴ Si veda ad es. ciò che rimase, o si può ricostruire col supplemento, del libro 8 e 9 in quella parte, in cui il Krüger, per le lacune del ms. Pistoiese, fu costretto, nel compilare l'indice dell'*Epitome*, a servirsi del ms. Parigino. Pare che, tutto sommato, quest'ultimo ms. contenga qualche costituzione più del Pesarese.

un numero abbastanza considerevole di costituzioni, che mancano negli altri mss., e ci presenta inoltre in più luoghi l'ordine delle costituzioni già ristabilito o almeno migliorato.

Veniamo ora a dire del supplemento, con cui un amanuense, di poco posteriore ai due primi, cercò di completare l'antico ms. Egli fece pochissime aggiunte nei margini, ma aggiunse invece in fondo del ms. almeno una diecina di quaternioni contenenti, nell'ordine genuino del codice, le costituzioni che mancavano nell'antica *Epitome*. Disgraziatamente la massima parte del supplemento andò perduta, perchè restano solo, come abbiamo detto, 19 fogli, ossia i fogli 1 ed 8 del primo quaternione (f. 71, 72), 1 ed 8 del secondo (f. 73, 74), 1, 3, 6 ed 8 del terzo (f. 75, 13, 17, 76), 2-7 del quarto (f. 65-70), poi, dopo una grande lacuna, un foglio staccato (41), e di nuovo dopo altra lacuna i fogli 1, 2, 7 ed 8 di un altro quaternione (f. 58, 60, 61, 59).

La mano di questo terzo amanuense ha qualche analogia con quella del secondo, ma è anche più minuta e serrata. Maggiore è pure il numero delle linee per ogni pagina, cosicchè il contenuto di un foglio del supplemento corrisponde presso a poco a 140 linee dell'edizione citata del Codice.

Il metodo seguito per il supplemento e riordinamento dell'*Epitome* è abbastanza ingegnoso. I titoli mancanti di qualche costituzione hanno ciascuno un segno diverso di rinvio all'appendice. L'ordine dei titoli è ristabilito nell'*Epitome* mediante segni di rinvio o lettere dell'alfabeto ¹. Mediante lettere dell'alfabeto è pure indicato l'ordine in cui dovrebbero essere disposte le costituzioni dei singoli titoli. Così, per chiarire la cosa con un esempio, l'*Epitome* contiene le seguenti leggi del titolo XIV del libro primo: 1, 2, 5, 4, 8, 6, 9, 12; il supplemento poi ci dà le costituzioni 3, 7 ed 11. Ora, accanto a ciascuna costituzione dell'*Epitome*, a cominciare dalla seconda, è posta nel margine una lettera dell'alfabeto scritta in rosso, cioè: α,

¹ In questo secondo modo raramente: ad es. in VI, 12 e 13.

d, c, g, e, h, k, mentre le tre costituzioni del supplemento sono segnate, parimenti in rosso ed a margine, colle lettere *b, f, i*. Tenendo conto dell'ordine alfabetico si ristabilisce perfettamente l'ordine genuino delle costituzioni. La legge 10 mancante è greca. Lo stesso metodo è costantemente applicato in tutto il ms. ed in generale senza errori, cosicchè le indicazioni dell'amanuense servirono spesso a facilitarci la compilazione dell'indice del ms.

Anche nel supplemento vennero trascurate affatto le sottoscrizioni. Una sola fu trascritta, ma in rosso ed a margine, perchè l'amanuense sbadatamente la confuse con una rubrica, aggiungendovi infatti la *R* tagliata. Questa sottoscrizione appartiene alla cost. 4 C. I, 1, costituzione che era già nell'*Epitome*, e non si trova quindi nel supplemento. Nel ms. è data in questo modo: *Die VI id'. feb'. constantino sporagio consuli. R.*; quindi, tolto il segno della rubrica, precisamente come nel ms. Berlinese 275 sec. XII, indicato nell'apparato di Krüger colla lettera *Q*.

Ecco ora l'indicazione di quanto resta dell'opera del terzo amanuense, ossia del supplemento. Le costituzioni supplite a margine dell'antico *Epitome*, salvo errore, sono appena queste poche: f. 19^v: III, 28, 20 — f. 31^v: V, 3, 20 fino al § 7 *non in quantitate*... — f. 36^a: VI, 3, 8 — f. 38^v: VI, 23, 3 e 6 — f. 39^v: VI, 30, 2 — f. 46^v: VII, 33, 11 — f. 50^a: VII, 71, 7 — f. 57^a: VIII, 35, 9 — f. 55^a: VIII, 42, 4. Inoltre, nel f. 51^a, è aggiunta una parte della costituzione 18 C. VIII, 50, perchè l'antico amanuense aveva scritte solo le prime parole: *Ab hostibus captis ac postliminio reversis*, lasciando però in bianco una linea e mezzo; e nel f. 53^a è aggiunto nell'interlinea VIII, 16, 2. Nei fogli dell'appendice rimastici abbiamo poi le seguenti costituzioni:

LIBRO PRIMO

f. 71.

I, 2; sottoscrizione di 4; 8 a) fino al § 31 *qui de acymitenensi*..
[Mancano sei fogli].

a) Con buone tracce del greco.

f. 72-73.

XII, 4 dalle parole *relinquitur occasio...*; XIV, 3, 7, 11: XVII, R, 1, 2 fino al § 12 *ad hominum sustentationem...*

[Mancano sei fogli].

LIBRO SECONDO.

f. 74, 75.

IV, 5 dalle parole *profitearis, si id...*; 8, 9, 11, 12, 15, 17, 34: VI, 1, 2, 3, 5, 8: VII, 2, 3, 5... 13, 15, 16 b), 17 (R raschiata), 20... 26 fino alle parole *quam ipsius temporis ordo* del § 1.

[Manca un foglio].

f. 13.

XX, 4: XXI, 1, 2, 7: XXIII, 2: XXIV, 1: XXVI, 2, 3: XXX, 1; iscr. della cost. 2, ma il testo raschiato e scritto invece XXXII, 1: XXX, 3: XXXVI, 2: XXXVIII, 1: XL, 3: XLI, 1: XLII, 4: XLIII, 2, 3: XLVI, 3, (R cancellata), 1: L, 1, 3... 8: LI, R, 1, 2: LII, R, 1, 3 fino alle parole *suppleta sit non...*

[Mancano due fogli].

LIBRO TERZO.

f. 17.

XXIV, 3 dalle parole del § 1 a: *Ultionem autem...*: XXV, R, 1: XXVI, R, 1, 2, 3, 5... 11: XXVIII, 9, 10, 11, 24, 25, 37: XXX, R, 1: XXXI, 1, 3, 12 fino alle parole del § 1 *concludentes sanccimus...*

[Manca un foglio].

f. 76.

XXXVI, 2 dalle parole (*adversus coheredes*) *tuos nactus es...*; 4... 7, 9, 10, 16, 23, 24: XXXVII, 3: XXXVIII, 12: XLII, 3: XLIV, 1, 2, 4... 7.

LIBRO QUARTO.

I, 5: II, 5, 6, 7 (il correttore notò a margine in rosso il principio della legge ottava contenuta nell'Epitome: *Si pro mutua pecunia minus.*), 9, 10, 12, 14: V, 2: VI, 1, 7: IX, R, 1 fino alle pa-

b) Il ms. ha nell'iscrizione *pu.*, come ha corretto Krüger di congettura, invece di *pp.* Però la lezione vera si trova anche nella *summa Perusina*.

role *patrimonium tuum exhaustum praeses*... Nel margine inferiore venne aggiunto XIX, 13.

[Manca un foglio].

f. 65-70.

XXIX, 21 dalle parole *quibus consensus proprium*; 22; XXX, 1, 5, 6, 10, 14, 15: XXXI, 1, 3, 11, 13: XXXII, 4, 9 c), 14, 18, 20: XXXIII, 5: XXXIV, 6 (cancellata): XXXV, 4 (annullata con la parola *vacat*) d), 5, 8, 10, 22, 23: XXXVI, R, 1: XXXVII, 4: XXXVIII, 4, 15: XXXIX, 2, 8: XL, 1, 2, 3: XLII 2: XLIV, 7, 8 (principio di una costituzione, forse 15, raschiato) e), 16, 17, 18: XLVI, R, 1, 2, 3: XLVII, R (aggiunta su rasura), 1, 2, 3: XLVIII 6: XLIX, 2, 14, 17: L, 7: LI, 4, 5: LII, 1, 2: LIV, 9: LV, R, 1... 5: LVI, R, 1, 2, 3: LVII, 1... 6: LVIII, 4, 5: LIX, R f), 2: LXI, 1... 4, 6, 8 (a margine), 9, 11, 13: LXII, 1: LXIII, 1, 2, 4, 5, 6: LXV, 4 g), 7, 27, 30, 31, 35: LXVI, 1.

LIBRO QUINTO h)

II, R (II R) 1: III, 1, 19: IV, 4, 5, 10, cost. d'origine incerta i), 14... 17, 19, 22... 28: V, I, cost. d'origine incerta k), 3, 5, 9: VI, 3, 4, iscrizione della cost. 7.

[Grande lacuna].

c) Il ms. ha *si constat per te non stetisse*, come *C*, *Rb*, invece di *Si per te non stetit*, lezione accolta da Krüger.

d) Queste due leggi annullate erano state trascritte per semplice errore, trovandosi già nell'*Epitome*. La sillaba *va* di *vacat* si trova sulla prima parola della legge, quella *cat* sull'ultima.

e) In basso d'altra mano posteriore *h d'* (*hic deficit*), ma nel ms. non vi è lacuna di sorta.

f) A margine in rosso di mano del correttore: *titulus iste non debet hic esse*: il che è falso.

g) Il ms. ha: *Ex* (non *et*) *divi pii* etc.

h) Il ms. ha in rosso: ∇ *I. C. G.* Il *R*.

i) *Imp. Val. a. Probo. Ubi enim iuris a. d. i. n. m. v. c. s. r. e.*, come in Krueger a pag. 409 lin. 15. Cfr. BIENER, l. c. p. 84.

k) In Krueger a pag. 415 nota 1: *Imp. Gord. a. r. Manifestissimum est n. c. m. i. t. contractus* (corretto d'altra mano in *contractis*) *fuert i. s. d. S. fieri c. n. si consensu p. accepisse v. m. in p. commissum v. p. m.* Cfr. BIENER, l. c. p. 82-84.

LIBRO SESTO.

f. 41.

LV, 9 dalle parole del § 1 *nisi forte avia* (!) *elogia...* 10, 11, 12: LVI, 1, 2, 7: LVII, 1, 2, 3: LVIII (R, forse d'altro titolo raschiata), 1... 8, 11 l), 14, 15 fino alle parole *tenor eius a nobis relatus est...*

[Grande lacuna].

LIBRO OTTAVO.

f. 58 e 60.

XLII, 15 dalle parole (chirographum) *redditum...*, 18, 20... 24: XLIV, 2, 5, 11, 13, 16, 18, 20, 22, 29, 30: XLV, 1: XLVI, 1, 6, 7, 9, 10: XLVII, 1, 2, 3, 5, 6, 8, 7 m), 9, 10, 11: XLVIII, 1, 4, 5: L, 1... 15 fino alle parole *favore ingenuitatis potest...*

[Mancano quattro fogli].

f. 61 e 59.

LVI, 4 dalle parole (inter) *vivos consistunt eam posuerunt...*: LVII, R, 1, 2: LVIII, R, 1, 2, cost. d'origine incerta n). Explicit liber octavus feliciter. Incipit nonus.

LIBRO NONO.

I, 2, 8, 14: II, 4, 6, 7, 12: III, 1: IV, R, 1, 3, 4, 5: V, R o), 1: VIII, 1, 2, 4, 5: IX, 15, 16, 23, cost. d'origine incerta p), 24,

l) Dopo questa legge il ms. ha esattamente l'aggiunta, che si trova indicata in nota da Krueger (a pag. 611 lin. 17) ed è nelle antiche edizioni, ma manca in tutti i mss. finora conosciuti. Nel nostro essa si trova però annullata colla nota *vacat*.

m) Si noti la trasposizione delle cost. 7 ed 8. È l'unico caso, in cui l'ordine tenuto nel supplemento sia diverso del genuino, ed è notevole, che il ms. di Montpellier da le costituzioni di questo titolo nel seguente ordine: 8, 6, 7. Sembra doversene indurre che la cost. 8 fosse nell'archetipo aggiunta a margine e sia stata copiata in alcuni mss. prima della cost. 6, in altri prima della 7.

n) *Imp. Gord. a. Ruino* etc. come in Krueger a pag. 807 n. 2, colla sola variante *experiri debueras* invece di *agere deb.*

o) Il ms. ha *C. G. de priv. carc. inhib. R.*

p) *Imp. Arc. a. Dionae* etc. precisamente come in Krueger p. 825 n. 1.

25, 31, 34, 35: XII, 10: XV, R (aggiunta), 1: XVIII, 3, 4, 5, 7: XIX, 1, 5, 6: XX, 4, 5, 8: XXII, 10, 11, 13, 20, 21 fino alle parole *sed non statim desinit esse decurio qui...*

[*reliqua desunt.*]

Con questo supplemento si può facilmente ricostruire lo stato dell'*Epitome* in alcune parti dell'antico ms. ora perdute. Confrontando poi le parti, che ancora rimangono tanto nell'*Epitome* che nel supplemento, si vede che quest'ultimo venne fatto con grandissima diligenza, tanto che probabilmente non vi manca neppure una delle tante leggi omesse nell'*Epitome*.¹ Dico probabilmente solo perchè nell'ultimo foglio dell'*Epitome* rimastoci, ossia nel foglio 64, non troviamo le cost. IX, 20, 14: IX, 21, 1 (unica); IX, 22, 1-3 e 9, che pure non figurano nel supplemento. Siccome però si tratta di una serie di testi consecutivi, la cui mancanza non si potrebbe assolutamente spiegare come una svista, bisogna ammettere che tali testi, originariamente non appartenenti all'*Epitome*, fossero già penetrati nel ms. Pesarese, nel testo od a margine del foglio, che seguiva il 64.

La prima e più importante questione, che si può fare intorno al supplemento, è se esso sia stato compilato direttamente dietro un ms. prebolognese non epitomato, ossia uno degli archetipi di cui si servirono i glossatori nella loro opera di restituzione, oppure se dipenda già da uno dei mss. Bolognesi restituiti.

La prima ipotesi sembra la più probabile. Infatti, mentre i primi mss. Bolognesi conservano numerose ed evidenti tracce delle lacune e della confusione, a cui si era cercato di rimediare, nel supplemento non manca alcuna legge, e la serie dei titoli e delle costituzioni è perfettamente regolare, salvo in un punto, per il

¹ L'autore del supplemento aveva per errore trascritto due leggi, che già si trovavano nell'*Epitome*, e che, riconosciute l'errore, vennero annullate. (V. sopra n. d). Se l'indice da me compilato è esatto, resta però ancora la legge 5 C. 4, 51, che si trova tanto nell'*Epitome*, che nel supplemento. In principio dell'*Epitome* si trova una parte della legge 32 C. I, 3, la quale legge è data poco dopo per intero.

quale si può ammettere un errore nell'antico ms.¹ Del resto, per quanto poco ci sia rimasto del supplemento, basta però perchè possiamo dire, che nessuno dei più antichi mss. Bolognesi, dei quali abbiamo notizia da Biener e Krüger,² avrebbe potuto servire alla sua compilazione. Non il Berlinese 273, perchè vi mancano parecchie leggi contenute nel supplemento; non il Cassinese, per la trasposizione delle cost. 9 e 10 di IV, 2; non il ms. di Montpellier, per le trasposizioni di III, 36; non il Lipsiense 883, per la trasposizione di II, 4, 8 e 9, e le gravi lacune in II, 7; non il Vaticano 1427, parimenti per le lacune nel titolo citato.

Ad ogni modo, una risposta definitiva alla questione potrebbe darsi solo dopo avere esaminato il testo del supplemento ed il riordinamento delle costituzioni nei singoli titoli dell'*Epitome*: nè io potevo intraprendere un così lungo lavoro.

Un indizio sullo stato del ms., che servì per il supplemento, si può avere anche dalle aggiunte, che esso conteneva.

I testi latini estranei al Codice, che vi si trovano aggiunti in varii mss., sono indicati da Krüger *Cod. Just.*, p. XXII. Alcuni sono tolti dal Codice Gregoriano od Ermogeniano, uno dall'Editto di Teodorico, uno dall'*Epitome Aegidii*, parecchi sono inventati dagli amanuensi.

Antichissime³ devono essere senza dubbio le aggiunte tolte dai Codici Gregoriano od Ermogeniano, e queste si trovano tutte nel supplemento, ad eccezione di una sola (a C. VIII, 39), che cade in una lacuna del ms. Pesarese.

Nessun altro ms. conosciuto contiene tutte queste aggiunte, come si vede dal seguente specchio, in cui seguo le indicazioni del Krüger e mi valgo delle sigle usate da lui:

Aggiunta a V, 4 mss. C T G

¹ V. sopra n. m.

² BIENER, l. c. p. 6-8: KRUEGER, *Cod. Just.* p. XVIII.

³ Secondo CONRAT, *Gesch.* I, 91, n. 4, dell'epoca Giustiniana.

Aggiunta a V, 5 » C T Parig. 4517.

» a VIII, 58 » M Parig. 4517 e 4534

« a IX, 9 » D R^b M W E G

L'aggiunta ad VIII, 39 si trova in W E Bamb. I D 3 e nella edizione Haloandrina, certamente in base al ms. Egnaziano.

Tutte le altre aggiunte posteriori od apocrife mancano nel ms. Pesarese, e certo non tutte per lacuna del ms., perchè tanto nell'*Epitome*, quanto nel supplemento si conservò il titolo 35 del libro quarto, dove gli altri mss. contengono una di tali aggiunte. Nel solo supplemento abbiamo il titolo 58 del libro sesto e 16 del libro nono, ma qui si potrebbe congetturare che le aggiunte si trovassero nell'*Epitome*. D'altra parte, va osservato che nell'*Epitome* manca l'aggiunta a IV, 21 dataci dal ms. Darmstadiense, oltre a quella già ricordata in IV, 35, che pure si riscontra in tutti e tre i mss. dell'*Epitome* finora conosciuti.

Oltrechè alla compilazione del supplemento, l'antico ms., in cui crediamo di poter ravvisare uno degli archetipi prebolognesi, servì alla correzione del testo dell'*Epitome*.

Vi fu poi ancora un altro correttore alquanto posteriore, che esercitò la sua opera tanto sull'antico *Epitome*, quanto sul supplemento, servendosi di un inchiostro rosso più cupo e facilmente riconoscibile da quello usato dagli altri amanuensi nelle rubriche. Egli corresse poche volte il testo, ma aggiunse qualche rubrica, per es., IX, 5 nel f. 64^b, due volte l'indicazione *C. G.* nel f. 65^a, il principio di qualche legge omessa ¹ e qualche nota più o meno esatta. ²

Ancora al sec. XII appartiene un'altra mano, che qua e là aggiunse a margine parecchie autentiche e l'indicazione dei luoghi paralleli, secondo il metodo bolognese. Le glosse invece mancano

¹ Per es. a margine del f. 76 il principio di IV, 2, 8, a torto perchè tale costituzione si trovava già nell'*Epitome*.

² V. sopra le note all'indice delle costituzioni.

quasi intieramente, e quelle rarissime, che pur si trovano ¹, non hanno nulla di comune con quelle del ms. Pistoiese e degli altri mss. del Codice epitomato ².

Da ultimo troviamo ancora che un possessore del Codice nel sec. XIV, non avendolo probabilmente esaminato bene, credette di dover segnare a margine dell'*Epitome* il numero delle leggi mancanti. Così, ad es., a margine di I, 7, 1 scrisse *hic deficiunt V l (eges)*; a margine di I, 9 *hic X l. deficiunt*; accanto a VI, 23, 20 *deficiunt l. XXVI*, e così via dicendo, e non sempre facendo il calcolo esatto.

Da quanto abbiamo finora esposto risulta evidente l'importanza del ms. Pesarese, che certo non potrà essere d'ora innanzi trascurato dagli editori del Codice Giustiniano. Essi sapranno con precisione determinare il posto che gli compete fra gli altri mss., poichè a me mancò il tempo di fare estese collazioni, tanto che non posso dare più del confronto di poche costituzioni in principio del secondo libro:

Ediz. di Krüger	Ms. Pesarese
II, 1, 1. ANTONINUS exhibeat	om. <i>come P L C R M</i> etc. exibeat.
II, 1, 2. SEVERUS ET ANTONINUS exhiberi inspicienda	Sev. et Ant. inspicienda exhibere (<i>come P L: corretto poi in exhiberi</i>).
II, 1, 3 speciem quam emendari aequitas	spem <i>corretto in</i> speciem <i>dopo quam il correttore aggiunse vel.</i> equitas <i>e così anche in seguito.</i>

¹ Troviamo per es. a III, 1, 15 (f. 16^a): *ordinariorum est citare: pedaneorum requirere: a VI, 23, 24: ea non nocere que sunt pretermissa in testamento aut imperitia vel disidia scriptoris.*

² In CHIAPPELLI, *la Glossa Pistoiese*: FLACH, *Études critiques* App. p. 145 e segg. e CONRAT, *Gesch.* I, 169 n. 8-9: 175 n. 2: 177 n. 1-2: 180 n. 1: 181 n. 1 e segg.

Ediz. di Krüger	Ms. Pesarese
II, 1, 4 ANTONINUS	Ant.
EPAPHRODITO	Epafrodito
convenitur, etsi	convenit: <i>il corr. aggiunse... ur, etsi.</i>
nihil	nichil.
praestarit	praestiterit <i>ma le ultime tre sillabe sono</i>
	<i>di mano del correttore su rasura.</i>
II, 2, 1 ALEXANDER	Alex.
TRYPHONI	Trofimo.
permissu	permisso <i>come C R.</i>
II, 2, 2 GORDIANUS	Gord.
Venia	<i>È di mano del correttore (P L gratia).</i>
eorumque	<i>que è aggiunto dal correttore.</i>
liberos, her.	liberos et her.
vocari ius	ius <i>è di mano del corr., il quale cambiò</i>
	<i>anche vocari in vocare.</i>
eiusmodi	huiusmodi <i>come C R.</i>
praestitutam	tu <i>ha i puntini cancellanti.</i>
II, 2, 3 DIOCLETIANUS	Diocl.
MAXIMIANUS	Max.
ROXANAE	Romanae <i>come P L.</i>
agunt	<i>corretto in degunt.</i>

FEDERICO PATETTA.

STUDI CRITICI SULLE FONTI DEL DIRITTO ROMANO

Βιβλία εἰς Julianus ad Minicium.

multa et maxima sunt quae
propter utilitatem rerum
transformata sunt.

GIUSTINIAN.).

SOMMARIO.

PARTE I.

- § 1 Minicio.
- § 2. Le note di Giuliano all'opera di Minicio.
- § 3. Responsi di Giuliano
- § 4. Criteri distintivi delle note.
- § 5. Carattere delle note di Giuliano.

PARTE II.

- § 6. I frammenti dell'opera di Minicio.
- § 7. Frammenti dubbi.
- § 8. Carattere de' libri di Minicio.
- § 9. Ordine degli stessi.
- § 10. L'Autore dei responsi.
- § 11. Il lavoro de' compilatori - Conclusioni.

Ho intrapreso l'esame di questi libri di Giuliano a Minicio, interrompendo per poco gli studi sui libri di Paolo a Plauzio, per poter dare subito, essendo l'opera presente più limitata, un risultato finale su questo genere di studi. Le ricerche, alle quali mi son rivolto con amore, dirette immediatamente ad accrescere o rafforzare con l'esame de' singoli frammenti di un'opera, le nostre conoscenze

circa il grado di sviluppo de' diversi istituti nel diritto classico, lo svolgersi di nuove norme mercè l'elaborazione scientifica del diritto, le divergenze d'opinioni fra i romani giureconsulti, hanno, nello stesso tempo, di necessità, lo scopo d'indagare qual metodo fu tenuto dai compilatori nella formazione della loro opera, e scrutare più d'avvicino come essi trattarono, per rispondere al compito loro affidato, i libri de' romani giuristi.

Questi libri di Giuliano a Minicio mi apparvero assai adatti per iniziare un tal genere di studi, perchè in essi ebbi occasione di fare, parecchie volte, delle osservazioni oltremodo istruttive, che mi invogliarono a sottoporre ad esame l'intera opera. Vedremo che molti punti, sia riguardanti singoli istituti che l'opera intiera, nella letteratura tuttora controversi, riceveranno dallo studio presente nuova luce, se pur non saranno definitivamente chiariti.

§ 1. *Minicio.*

Di una sola opera di Minicio abbiamo noi sicura notizia, in grazia dei pochi frammenti che troviamo ne' Digesti. Essa ebbe l'onore di una seconda edizione curata da Salvio Giuliano, che vi appose note esplicative e per lo più critiche, e fu in questa forma utilizzata dai compilatori. Dei giuristi romani solo Pomponio e Ulpiano citano Minicio, e noi vedremo, nel corso del lavoro, che entrambe le citazioni si riferiscono alla nostra opera. Nulla poi ci è noto della vita privata del giurista. L'opinione che egli fosse l'identica persona con il Minicius Natalis, console dell'anno 107, cui diresse un rescritto Traiano (L. 9, 2, 12), rappresentata già dal Cuiacio, e generalmente ammessa sino a pochi anni addietro,¹ è oggi con ragione respinta per incompatibilità cronologiche, come fu dimo-

¹ CUIACIO, Opera vol. VI p. 490 — HEINECCIUS, Opera vol. IV (ediz. Ginevra) p. 151 cap. 264 — che riferisce già molte iscrizioni — VOIGT Sequester p. 52, e prima, nelle Abhandlungen der Kön. Ak. der Wissenschaften, vol. VII. Aelius und Sabinussystem § 5. — FERRINI, Storia delle Fonti p. 72 — ROBY Introduzione allo studio dei Dig. Giust. p. 163; PERNICE (II); Miscellanea p. 37, 59 e seg. MOMMSEN; Zeitschrift f. R. G. vol. VII p. 483, e molti altri.

strato dal Viertel.¹ Anche dubbio è il numero de' libri che furono scritti da Minicio, e rielaborati da Giuliano. L'indice Fiorentino ne riporta VI, in contraddizione con l'indicazione data da Ulpiano, il quale riferisce una opinione da Giuliano espressa nel « libro X apud Minicium (fr. 11 § 15, D. 19, 1).

Gli scrittori, per lo più,² addebitano la divergenza ad un errore materiale del copista che avrebbe scritto nel fr. citato X per V. La questione però, allo stato delle fonti, non è solubile, perchè mancano gli elementi per un'affermazione qualunque. Ed invero, quel preteso errore si appalesa uno scampo vano, considerando che anche per i libri di Giuliano ad Urseium Ferozem l'indice Fiorentino ne riporta τέσσαρα, laddove lo stesso Ulpiano cita un libro X. [Coll. leg. mos. XII, 7, 9], e non si ha nessun indizio per ritenere che questa ultima citazione si riferisca ad altra opera. È quindi prudente, senza escludere la possibilità di altre congetture che sono state messe avanti, esercitare anche qui tranquillamente l'*ars nesciendi*.³ Le altre questioni tutte, riguardanti il nostro giurista, non possono essere trattate che dopo l'esame dell'opera.

§ 2. Le note di Giuliano.

È opportuno cominciare le presenti indagini dalle note apposte da Giuliano all'opera di Minicio; perchè per il riconoscimento delle stesse abbiamo noi un potente aiuto negli altri scritti di Giuliano, che, sia per la sostanza come per la forma, ci possono apprestare criterî non dubbî; laddove, viceversa, per riconoscere *ab initio* quello che fu scritto da Minicio siamo privi di qualunque aiuto. La conoscenza delle note ci guiderà con molta sicurezza alla ricostruzione del testo originale, anche se, come di frequente, venne

¹ VIERTTEL Nova quaedam de vitis iurisconsultorum p. 20 e seg. — LENEL Palingenesia. Vol I pag. 669 nota I — KARLOWA Röm. Rechtsgeschichte vol. I pag. 700, 701 — BUHL Salvius Iulianus vol. I pag. 54 — KRÜGER Geschichte der Quellen p. 161, n. 125.

² Confr. KRÜGER o. c. p. 161 n. 120 sulle orme di HALOANDER, ROBY o. c.

³ Confr. anche LENEL, Pal. vol. I p. 481 n. 5 — BUHL. o. c. — Varie ipotesi VIERTTEL o. c. e KARLOWA o. c.

dai compilatori mutilato. Per distinguere poi il testo genuino dalla nota posteriore è utile trar le mosse dallo esame di quei frammenti, nei quali la nota è esteriormente apparente per le stesse indicazioni che ne dà il testo, tramandatoci dai compilatori, per procedere poi oltre ai testi che formalmente nessun indizio apprestano.

* * *

fr. 1 (33-3).

Julianus notat: videamus, ne hoc ita verum sit, si aut nominatum haec servitus imposita est, aut ita legatum datum est: tabernam meam, uti nunc est, do, lego.

La nota genuina, con l'indicazione espressa, fu conservata solo in questo fr. Trascritto Giuliano il testo, trova egli la decisione troppo assoluta e vi ingiunge una limitazione con la forma comune alle note: videamus, ne hoc ita verum sit, si aut .. aut - Confr., invece di altri, i fr. 41, p. D. 18, 1. Julianus ad Urseium: videamus quid.... actum sit — fr. 28, 10, 3 Paulus ad Sab. hoc ita verum est... (Lenel, Sabinussystem p. 88]; fr. 18 (7-8] Paulus ad Plautium — videamus tamen ne.... [A torto Eisele Zeitschrift für R. G. vol. 13 p. 122 R. A. vi vede una interpolazione] — fr. 28 § 1 (40-7] Iavolenus ex Cassio: in libris Gai Cassii scriptum est..... videamus ne.....

Oltre questo fr. il nome di Giuliano ricorre ancora parecchie volte. Il carattere genuino però della nota è andato perduto. I compilatori vi hanno, dove più dove meno, messo le mani allo scopo, d'altronde a noi noto, di fondere la nota col testo, per dare allo stesso, nell'opera loro legislativa, un carattere di unità anche esteriore.

* * *

Un primo esempio ci viene offerto dal fr.

61 (6-1).

.... sed si in aedificanda ea idem fecisset, non posse. Julianus notat: nam proprietates totius navis carinae causam sequitur.

Questa è la punteggiatura usata dal Mommsen e dal Lenel; i quali evidentemente attribuiscono a Giuliano la sola motivazione: *nam... sequitur.*

Per ragioni però che esporrò in seguito, nell'esame della prima parte del testo, si deve ritenere che tutto il fr. fu dai compilatori rimaneggiato e riferito nella forma indiretta. Le parole: *Julianus notat*: furono perciò mosse dal loro posto, laddove nel testo originale precedevano la seconda parte del fr. ...*sed si.* La punteggiatura giusta è quindi quella seguita dagli antichi, fino al Kriegel: *sed si in aedificanda ea idem fecisset, non posse, Julianus notat, nam proprietates..... sequitur.*

Nell'originale invece la nota di Giuliano aveva forse la forma seguente:

Julianus notat: sed si in aedificanda ea idem fecisset non manet eiusdem nam proprietates totius navis carinae causam sequitur. Cioè, l'annotatore Giuliano, pur riconoscendo la giustezza della decisione contenuta nel testo, ne limita la portata, modificando la specie nei suoi presupposti, ai quali quella decisione più non s'adatta. Nelle note apposte ai responsi, che si riferiscono necessariamente ad un caso concreto, si osservano di frequente tali ingiunzioni, che mirano a fermare con precisione gli elementi di fatto che determinarono quella data sentenza, ad esplicitarla e limitarla. Nel fr. precedente osservammo già, nella nota di Giuliano, uno scopo identico.

I compilatori ci conservarono le due specie del testo originale, contenute una nel testo l'altra nella nota, modificandole nella forma.

Ripeto, questa operazione si vedrà più chiaramente quando dimostrerò, a suo luogo, che la prima parte del frammento è pure riepilogata e riferita dai compilatori; sono essi che parlano, che danno relazione del contenuto del testo: *Minicius interrogatus... Julianus notat...*

* * *

I compilatori ricorsero spesso allo espediente di riferire in forma indiretta il contenuto de' loro esemplari.

Un altro esempio identico infatti si ha nel fr.

33 (17-1).

Julianus verius putat, quod a plerisque responsum est eum, qui maiorem summam, quam rogatus erat, fideiussisset, hactenus mandati actionem habere, quatenus rogatus esset, [quia id fecisset, quod mandatum ei est]; nam usque ad eam summam, in quam rogatus erat, fidem eius spectasse videtur, qui rogavit.

Anche qui, come nel caso precedente si ha una relazione fatta dai compilatori: rogatus..... Julianus verius putat, mentre nel testo genuino si distingueva la nota in forma diretta: Julianus notat: verius *puto* (Confr. anche Lenel Pal. Juliani 868 n. 5; Buhl. Salvius Julianus p. 58. Haloander, invece: Julianus]. Questa operazione qui venne fatta perchè il testo di Minicio, respinta dai compilatori l'opinione che vi era contenuta, fu mutilato. Infatti una prova eloquente ci vien somministrata dalla forma stessa della prima parte del testo: rogatus ut fideiuberet si in minorem summam se obligavit, recte tenetur: si in maiorem..... e qui manca evidentemente il secondo membro dell'opposizione, accennato solo nel suo principio, con le parole: *si in maiorem*, cui i compilatori fecero seguire immediatamente la nota di Giuliano che ripeteva *ex integro* l'ipotesi contenuta nel secondo membro: ... verius *puto*... eum, qui maiorem summam, quam rogatus erat, fideiussisset...

La decisione dunque riferita da Minicio venne espulsa dal testo, al suo posto fu sospinta la nota di Giuliano.

E che tale processo fu tenuto dai compilatori possiamo noi affermarlo qui con molta sicurezza, come in pochi casi è dato fare.

Minicio riferiva nel testo assai probabilmente l'opinione di Sabino e Cassio, che ci è nota, principalmente, da Gaio III, 161. Questi

giuristi negavano al mandatario che avesse trasgrediti i confini del mandato il iudicium contrarium, totalmente.

Gaio III, 161. Cum autem is cui recte mandaverim egressus fuerit mandatum, ego quidem.... at ille mecum agere non potest... idque maxime Sabino et Cassio placuit — Confr. anche fr. 36 § 2, 3 D. 17. 1, Iav. l. VII ex Cassio, fr. 63, D. 18. 1, Iav. VII ex Cassio fr. 51 D. 17. 1 Iav. IX (VII?) ex Cassio.

I Proculiani invece sostennero una diversa opinione, come apprendiamo da altra opera dello stesso Gaio, cioè dalle res cottidianae l. II. fr. 4 (17-1]: sed Proculus recte¹ eum usque ad pretium statutum acturum existimat. — Confr. Ist. III, 26, 8.

Minicio dunque riferiva l'opinione de' capi Sabiniani, negando a tale mandatario ogni azione. Giuliano annotò questa decisione « verius puto » accettando quanto era ammesso dai Proculiani. I compilatori diedero la prevalenza a quest'ultima opinione ed eliminarono dal testo di Minicio la contraria de' Sabiniani.

Rifacendo lo esame da un altro punto di vista poi, si ha una bella riprova della mutilazione del testo, fatta dai commissari. Poichè, evidentemente, l'introduzione del fr. *rogatus... recte tenetur*, non ha quel senso che dovrebbe avere, anzi la questione si presenta in essa svisata, in quanto non appare a chi si riporti il verbo *tenetur*.

Il Lenel infatti, (*P. Juliani* 868) avvertì il vizio che presentava il fr. in questa forma, e, per dargli il senso che dovrebbe avere, lo integra, in nota, con una proposizione che suppone caduta. Egli scriverebbe quindi così: « Rogatus ut fideiuberet, si in minore summam se obligavit, *is pro quo se obligavit*, recte tenetur,

¹ Il LENEL Paling. Proculi 89 nota 3 — ritiene in questo fr. interpolato il *recte* — Avrò occasione di dimostrare altrove che ciò non è. Il *recte* invece qui è utiliter e si riferisce al verbo, « acturum ». L'interpolazione è invece nelle parole « quae sententia sane benignior est » che non ho trascritte nel testo, perchè me ne occuperò in altra occasione.

si in maiorem... ». Questa restituzione è *sostanzialmente* sicura, e risulta già dalla nota di Giuliano necessaria, perchè in essa, e quindi in *tutto il fr.* si discute dell'obbligazione del *mandante* verso il fideiussore, in quali casi quest'ultimo ha diritto ad agire e ripetere nel *iudicium contrarium* quello che ha erogato per causa del mandato; in altri termini, in quanto il *mandante* è tenuto (*tenetur*) verso il fideiussore, per la promessa da quest'ultimo fatta al creditore. Senza quell'aggiunta del Lenel invece, come si legge il testo tramandatoci dai compilatori, la questione appare un'altra, svisata, come dicevo, dalla mutilazione: sembra infatti che si trattasse della esistenza o meno dell'obbligazione ne' rapporti tra *fideiussore* e *creditore*, nel caso che i limiti del mandato fossero stati trasgrediti; una questione quindi di tutt'altro genere. E già nella traduzione greca del nostro testo, riferita ne' Basilici (33, XIV-1; ediz. Fabroto) fu seguita quest'ultima interpretazione, evidentemente erronea, che trovasi del resto anche nello scolio 2 di Stefano: (diversamente Cirillo, scolio 1 eod.).

Queste prove sarebbero sufficienti, per affermare che nel nostro testo vi ha un guasto che fu prodotto dai compilatori, riepilogandolo. Ma altri elementi non mancano.

A riconfermare cioè l'anzidetto stanno altre interpolazioni e mutilazioni che i compilatori fecero in vari testi per la nostra questione stessa, cioè per eliminare dalla compilazione la opinione di Sabino e Cassio, e accogliere quella di Proculo « Così, i fr. 3 § 1, 5 D. 17-1 sono estratti dalla stessa opera di Paolo XXXII ad edictum, e vi si trovava espressa e seguita¹ la rigorosa opinione de' Sabiniani. I compilatori vollero eliminarla, e si servirono di diversi espedienti; cioè: al fr. 3 cit. in fine, attaccarono il fr. 4 surriferito, estratto dai libri « res cott. di Gaio, dove era riportata la contraria deci-

¹ Confr. anche LENEL. Paling. Pauli 485, nota 2 — Quibus (sc. Sabinianis) et ipse Paulus consensisse videtur.

sione de' Proculiani, e questa fu, in opposizione alla precedente, accolta, con le parole « *quae sententia sane benignior est.*¹ »

Invece, nei § 3, 4 del fr. 5 cit. furono interpolate, per neutralizzare l'opinione di Paolo, due proposizioni con « nisi

§ 3..... nisi et reliquum mihi, quod deest mandatu meo, praestes et indemnem me per omnia conserves.

§ 4..... nisi indemnitas ei praestetur.

Nel fr. 45 § 4 [17-1) Paulus ad Plautium; furono alla decisione contenuta nell'originale sostituite le parole..... humanius est et in hoc casu mandati actionem tibi competere.

Or tutto ciò serve a dimostrare che i compilatori in questa questione agirono pensatamente; con diversi mezzi, e con molta coerenza mulitarono ed interpolarono tutti i testi per cancellare² dalla loro opera ogni indizio della rigorosa dottrina de' Sabiniani. Nel numero dei testi mutilati è il nostro, nella parte scritta da Minicio³.

Nella continuazione del mio lavoro sui libri di Paolo a Plauzio, integrerò meglio la dimostrazione sostanziale dello sviluppo avvenuto in questa materia, che è stato qui accennato per scopo solo formale. Vedremo allora che questa coerenza dei compilatori nella correzione di tutti i testi, attribuir si deve principalmente al fatto, che già nella pratica del diritto postclassico l'opinione de' Proculiani riuscì vittoriosa. Ciò si rileva già dalle S. R. di Paolo II. 15 § 3.

¹ Nella nota I della pag. 231, dissi che mi occuperò di questa interpolazione altrove. Avverto però fin d'ora, che non si deve richiamare contro la pretesa dell' interpolazione di quelle parole il fatto che le stesse si rinvennero pure nel § 8 Inst. III, 26, estratto dalle *Res cottidianae* di Gaio, come il fr. surriferito; (Ferrini, Memorie del R. Ist. Lombardo di scienze e lettere, vol. 18, 9 della serie III, p. 162), perchè se è vero che il testo delle Ist. è ordinariamente più genuino, vi si riscontrano anche spesso interpolazioni riportate dai *digesti* (Ferrini l. c. p. 134 e seg.). Nella nostra questione è sicuro che Gaio non seguiva la *sententia benignior*, ma, come di solito, quella dei Sabiniani, come appare dalle sue *Inst.* III, 161 e dal fr. 41 D. Mandati - estratto da Gaio ad edict. prov.

² Qualche cosa però sfuggì anche qui ai compilatori: confr. p. es. fr. 41 (17.1).

³ Così si è anche mostrata falsa l'opinione messa avanti dal KRÜGER, *Geschichte der Quellen* p. 161 n. 121, secondo la quale il nostro fr. non sarebbe stato estratto di Giuliano a Minicio, ma forse da una citazione di altro giurista posteriore, possibilmente Ulpiano.

dove appare evidente, anche per la forma, la modificazione apportata al testo dai Visigoti.

L'esperienza che abbiamo fatto in questo fr. è bene tenerla presente, chè ci potrà giovare in molti altri casi. I compilatori cioè, si è visto, cercavano, dove era possibile, di fondere il testo con la nota per far scomparire le diverse opinioni nel corpo di uno stesso frammento; l'opinione respinta, si vedrà in seguito, era di regola quella del testo, preferendosi il contenuto della nota.

Un'altra irregolarità nel nostro testo, che non si può senz'altro ritenere prodotta dai compilatori, offre il fianco alla critica. La nota di Giuliano contiene una doppia motivazione: *quia... nam*, e noi sappiamo già che, di fronte a simili fenomeni, il sospetto è *a priori* giustificato. Ed appunto nel caso presente l'origine spuria della prima motivazione risalta agli occhi, e può dimostrarsi facilmente. Infatti, la motivazione « *quia id fecisset, quod mandatum ei est* » è senza dubbio falsa. Il fideiussore che trasgredì i limiti del mandato, obbligandosi per una somma maggiore, non ha fatto certamente *quod ei mandatum est*, chè, in tal caso, egli avrebbe, senza contrasto, ogni buon diritto per riavere dal mandante le somme *tutte* erogate per causa del mandato, od ottenere la liberazione delle assunte obbligazioni. Eccedendo il mandato, tutto al contrario, aliud quid fecisse videtur — fr. 5 p. D. 17, 1 — e perciò i Sabiniani gli negavano lo *iudicium contrarium*. Se i Proculiani, e con essi Giuliano, ammisero che un tale fideiussore, od in generale un tale mandatario potesse recuperare qualche cosa, tennero tuttavia ben presente che i limiti del mandato erano stati trasgrediti, e limitarono, conseguentemente, l'azione del mandatario al *quatenus rogatus esset*; la motivazione calzante di questa decisione ce la dà Giuliano nelle parole: *nam usque ed eam summam... fidem eius spectasse videtur qui rogavit*. La motivazione precedente quindi ci appare ad evidenza falsa perchè non adeguata alla decisione contenuta nel testo; la sua origine è certamente spuria.

Inoltre essa si rivela tale anche dalla forma. La *consecutio temporum* — *mandatum est* — non è osservata; Giuliano usa costantemente nel fr. — 5 volte — il verbo *rogare* = *pregare*, e nella nostra motivazione si affaccia invece il verbo *mandare*.

Altra questione è se questa seconda motivazione si deva attribuire ai compilatori; io la ritengo una glossa, perchè non appare quale interesse potevano mai avere i commissari per aggiungerla.

*
* *

fr. 76 (3-3).

Julianus respondit: defensor, quum satisdedit, domini loco habendus est, nec multum ei praestiturus est Praetor, si eum non cõegerit iudicium accipere, cum ad fideiussores eius iri possit, et hi quidquid praestiterint, a defensore consecuturi sint.

Lo « Julianus respondit » fu, anche qui, dai compilatori sostituito al Jul. notat.

Il responso riferito da Minicio [Anche Buhl. O. c. p. 58 — Lenel Pal. Jul. 872, lasciano campo a tale ipotesi] fu eliminato, e anzi possiamo ricavare da altri testi quale fosse. In principio era ammesso che il defensor absentis volontario, dopo la satisfactio che egli doveva, necessariamente, prestare prima della litis contestatio [Gaio IV 88 e seg. — Paolo R. S. I, 393 e seg.], poteva essere costretto iudicium accipere. Alcune eccezioni però si erano ammesse dai giuristi più antichi, quando sopravvenisse una *iusta causa* giustificante il rifiuto, che era valutata, causa cognita, dal Pretore. Tra le iustae causae già Labeone annoverava il caso che lo assente fosse fallito (*bona absentis possideri coeperint*). Or questo presupposto è contenuto appunto nella nostra legge, nella specie della quale è riferito — *desiit reus solvendo esse* — e quindi si rifiutava il defensor iudicium accipere. Ancor di più, noi sappiamo che Sabino era andato anche più oltre, esprimendo l'opinione che, intervenendo una *iusta causa*, si dovessero ritenere liberati anche i fideiussori.

Così riferisce Paolo IX ad ed. nei fr. 43, 45 D. 3, 3 — fr. 43, § 6. Qui non cogitur defendere absentem, tamen si iudicatum solvi satisdedit defendendi absentis gratia, cogendum [*procuratorem*] iudicium accipere, ne decipiatur is qui satis accepit: nam eos, qui non coguntur rem defendere, post satisfactionem cogi. *Labeo* causa cognita temperandum, et si captio actoris sit propter temporis tractum, iudicium eum accipere cogendum: quod si aut adfinitas dirempta sit aut inimicitiae intercesserint *aut bona absentis possideri cœperint* [fr. 45 p.] non cogendum. *Sabinus autem nullas praetoris partes esse ad compellendum defendere*, sed ex stipulatu ob rem non defensam agi posse: at si *iustas causas* habeat, cur iudicium accipere nolit, *fideiussores non teneri*, quia vir bonus arbitraturus non fuerit, ut qui iustam excusationem adferret, defendere cogeretur, sed et si satis non dedit, sed repromittenti ei creditum est, idem statuendum est.

È facile dunque supporre che nel testo di Minicio fosse riferito, anche qui, un responso di Sabino, il quale, come s'è visto, negava, in termini generali, che il pretore dovesse ricorrere per tali rifiuti ad una coazione, quando già la parte aveva una sufficiente garanzia nella stipulazione interposta; ed ammetteva poi, nel caso il *defensor absentis* avesse, per un tale rifiuto, ragionevoli motivi, anche la liberazione de' fideiussori.

Contro tale decisione si rivolge la nota di Giuliano, e dopo queste ricerche ci appare ora anche formalmente come tale. Dacchè la motivazione « nec multum ei praestiturus est Praetor si eum non cœgerit iudicium accipere » ci si rivela come opposizione al responso che era contenuto nel testo genuino e precisamente alle parole or or riferite di Sabino, cioè: *nullas praetoris partes esse ad compellendum defendere*.

L'argomentazione di Giuliano è qui giuridicamente stringente; con la *satisfactio*, egli oppone, il *defensor* è divenuto *dominus litis*, e deve, in ogni caso, accettare il *iudicium*, o rispondono i fideius-

sori; *nec multum ei praestiturus est praetor si eum* non coegerit iudicium accipere: (confr. per la forma, fr. 18 D. XII, 2, *nec multum ei proficere si cet.*) Già presso i Greci (Basilici 72, VIII-2, e scolii — ediz. Fabroto) fu avvertita la divergenza in questa questione tra Sabino e Giuliano, ma si escogitarono per le due decisioni riferite diversi presupposti, che non hanno base alcuna.

Nel nostro fr. dunque era contenuta, nel responso, l'opinione di Sabino, che fu dai compilatori eliminata, sostituendovi la nota di Giuliano.

Il testo genuino quindi doveva esteriormente presentarsi così: ...Sabinus respondit... Julianus notat — i compilatori accettando la sola nota fecero: Julianus respondit — [Confr. anche Lenel Jul. 872, n. 3 — ...sed potest ut Tribon. omitta Minicii opinione Juliani adnotationem his verbis introduxerit].



Identico procedimento si osserva nel fr.

23 (46-8).

Julianus respondit: verius est non obligari fideiussores: nam in stipulatione cavetur non petiturum eum, cuius de ea re actio petitio persecutio sit, et ratum habituros omnes, ad quos ea res pertinebit; hic autem, qui procurator non est, nec actionem nec petitionem habere intellegendus est.

Nel testo di Minicio era ammessa, nella specie, la responsabilità de' *sponsores* del primo *procurator*, e ciò evidentemente perchè la nuova domanda fatta dal falsus procurator, importava, almeno esteriormente, esser venuta meno la garanzia prestata con la satisdatio al convenuto « *amplius eo nomine neminem* petiturum — [Confr. Keller-Römischer Civil process. ediz. 6, p. 287] — Giuliano si oppone a questa decisione, appunto perchè la successiva domanda proviene da un falsus procurator, ed illustra la portata della formula della stipulazione. I compilatori eseguirono, anche qui, la nota

operazione, e la critica di Giuliano ottenne il posto del responso: *Julianus respondit*.

Così si spiega bene la forma « *verius est* » che troviamo a questo posto, la quale è assai di frequente prediletta dai giuristi nelle note, e principalmente da Giuliano, per avversare e respingere quello che è innanzi riferito.

L'uso del comparativo invero non presuppone necessariamente una opposizione immediata ad altra opinione nel contesto enunciata: negli scritti de' classici, e dei nostri giuristi in particolare, occorre spesso l'uso del comparativo, invece del positivo, in una funzione cioè assoluta.

Le forme linguistiche però per costituire argomento di critica devono osservarsi in primo luogo con riguardo alle individualità, non trascurando poi la considerazione della natura delle opere nelle quali si trovano. Il « *verius* » allora usato da Giuliano, in questo luogo, ci rivela una nota che conteneva al solito, una opposizione all'opinione che fu dal testo eliminata.

Il materiale di confronto, estratto dagli stessi libri di Giuliano, è sul proposito assai ricco.

fr. 33 (17-1) *Julianus verius putat*. (confr. avanti).

fr. 12 (33-5) ..*verius est*.

fr. 8 (41-4) *idque verius est*.

fr. 7 (41-7) *sed verius est*.

fr. 23 (46-8). *Julianus respondit: verius est*.

fr. 1 (33 3) ...*ita verum sit* (confr. avanti).

De' libri ad *Urseium Ferozem*.

fr. 36 (46-3) *Julianus notat: verius est*.

fr. 104 (30) *respondit verius esse*.

eodem § 6 — verius est.

fr. 8 p. (28-5) *et id est verius*.

fr. 18 (11-1) *idque est verum*.

Certamente, in molti di questi fr. la nota non è facilmente

constatabile perchè è stata operata una fusione come nel nostro; ma il numero delle note evidenti, apposte con quella forma, è anche abbastanza considerevole.

Sostanzialmente poi, tutta la motivazione di Giuliano si capisce solo supponendo che tenda ad avversare un'altra opinione. Senza di ciò non andrebbe esente dalla taccia di prolissità, dacchè la specie nell'introduzione del fr., è integrata con tutti gli elementi rilevanti, in modo che era sufficiente nel responso approvare o negare senz'altro « *respondit: non obligari sponsores.* » Tale concisione nei responsi non era dote esclusiva di Scevola — e se nel nostro caso non la riscontriamo ha ben la sua ragione.

Se osserviamo inoltre le ripetute indagini che si trovano negli scritti de' romani giureconsulti — da Labeone a Paolo, — sulle condizioni necessarie per ritenersi *commissa* la *stipulatio ratam rem dominum habiturum*, (o *amplius eo nomine neminem petiturum*), è facile dalle stesse inferire che in questa materia, a secondo l'interpretazione venisse a dar rilievo più o meno alla sostanza, allo scopo dell'atto fra le parti conchiuso, si doveva necessariamente pervenire a diverse conseguenze. — Confr. i frammenti 15 D. *Ratam rem haberi* 46, 8: *Paulus XIV ad Plautium*, fr. 22 § § 2, 8 D. *eod.* Julianus LVI Digest.; fr. 7 D. *iudicatum solvi* 46. 7 Gaius XVI *ad. ed. prov.* Ma principalmente interessante per la nostra questione è il fr. 39 § 2 D. 3, 3, nel quale Ulpiano (libro IX ad ed.) ci riferisce in che senso, ed in quali limiti Giuliano tendeva restringere la forza della formula della *stipulatio r. r. d. h.* cioè, limitata esclusivamente al *dominus*.

Ulpiano scrive nel fr. cit. « *queritur apud Julianum: utrum dominum solum ratam rem habere debet satisfacere an etiam ceteros creditores? et ait dumtaxat de domino cavendum nec illis verbis « ad quem ea res pertinet » creditores contineri etc.* Evidentemente Giuliano fa valere, rispetto alla formula della nostra *stipulatio*, una interpretazione ristrettiva, che illustra splendidamente la pretesa nota del nostro frammento.

Infine, anche, per questo fr. in esame, posso io richiamarmi all'autorità del Lenel (Paling. Juliani 873) e Buhl (O. C. p. 58), i quali ammettono già come possibile che il nostro fr. avesse subito un rimaneggiamento da parte di Triboniano. Mommsen invece *ad h. l.* vorrebbe eliminare dal testo la parola « Julianus ».

*
* * *

Così sono esauriti i fr. ne' quali il nome di Giuliano conservato nel testo ci era di sicuro indizio per rilevare la nota. Ma anche in altri fr., se ci manca un tale aiuto, le aggiunte di Giuliano possono riconoscersi.

fr. 39 (41-2).

Interesse puto, qua mente apud sequestum deponitur res. nam si omittendae possessionis causa, [et hoc aperte fuerit approbatum] ¹ ad usucapionem possessio eius partibus non procederet; at si custodiae causa deponatur, ad usucapionem eam possessionem victori procedere constat.

Nel fr. presente potrà riuscire, forse, di grande importanza rilevare in quale connessione esso si trovava nel testo originale di Minicio. È noto che il nostro fr. ha dato luogo a vivaci discussioni circa il possesso del sequestratario, e che si è preteso in contraddi-

¹ Queste parole sono di Triboniano. Confr. LENEL. Jul. 854 n. 1 — che registra anche nella Palingenesia di frequente analoghe interpolazioni con « approbari ». EISELE Zeitschrift für Rechtsgeschichte vol. 7 p. 28, vol. XI p. 25. GRADENWITZ - Z. R. G. - volume XX, § VI — e qui stesso molti altri fr. interpolati. GRADENWITZ - Interpolationen § VIII — il nostro ALIBRANDI, Teoria del possesso secondo il diritto romano, § 39, ebbe già il sospetto di questa interpolazione, mentre è meraviglioso come prima che si fosse svegliata la ricerca delle stesse sistematicamente, nessuno ne sospettò mai. Altri invece vollero, mettendo a base quelle parole, spiegare tutte le difficoltà, così MUTHIER — Sequestration und Arrest nach röm. Recht 1856, che vi trovò espresso un rimando alla consuetudine. — Confr. contro: WINDSHEID Pandekten, 7 ediz., § 154 nota 6 — VOIGT, Besitz des Sequesters p. 56. — Ed invero qui l'interpolazione risulta da tutto l'insieme, oltre che dalla parola approbari, prediletta ai compilatori, sebbene si riscontra anche ne' classici giuristi, es. in Gaio. — Confr. LENEL Zeitschrift R. G. vol. IX, p. 182, n. 1. — GRADENWITZ, Interpolationen, p. 191, n. 1. — Così cadono le opposizioni fatte al Gradenwitz, per questa parola, dallo Schirmer Z. f. R. G. vol. 21, pag. 157 — LEIPOLD, Ueber die Sprache des iuristen Papinianus, p. 10.

zione col fr. 17 D. 16. 3 estratto dal l. VII Inst. di Fiorentino.¹ Io credo che tale contraddizione non esista.

Bisogna prima stabilire quelle parole che importanza hanno, e da chi furono scritte. Per me è fuori dubbio che esse contengono una nota di Giuliano.

La specie e la decisione, riferita da Minicio, fu del tutto soppressa, evidentemente perchè i compilatori nella nota di Giuliano trovarono tutti gli elementi necessari per l'intelligenza della specie, e di più essa aveva, di fronte al testo di Minicio, riferentisi ad un caso concreto, il gran pregio di contenere una distinzione generica, circa la *possessio ad usucapionem* della cosa depositata presso il sequestratario, che meglio rispondeva alle esigenze della compilazione. La specie e la decisione riferita da Minicio, restò quindi per i compilatori inutile.

Per la forma è interessante il confr. del nostro fr. con il fr. 11, p. (18-2), nel quale Ulpiano: 28 ad Sabinum, riferisce una opinione di Giuliano. Quod autem Sabinus scribit fundum in diem addici non posse rursus, qui semel fuerat in diem addictus... sed Julianus libro XV digestorum scripsit *interesse multum*, quid inter contrahentes actum sit. [Confr. anche fr. 61 § 9 (47-2) Africanus VIII Quaest. referre existimavit.... ..ut, siquidem.... si vero.... fr. 3 § 6 (15-1) Ulpianus 29 ad edictum — Julianus... referre ait si quod si....; fr. 19 p. D. 24-1 — nec interesse Jul. ait.].

Ho scelto questo esempio perchè certamente anche qui Giuliano ne' digesti, riferita l'opinione di Sabino, opponeva una distinzione, la quale, non solo formalmente, ma anche per la sostanza coincide con la nostra.

¹ Il libro del Voigt Sequester, p. 38 e seg. dà completa la letteratura dalla Glossa in poi. Che le parole «interesse puto» accennino già ad opposizione fu intuito anche dal Bartel — Zweifel gegen die Theorie des abgeleiteten Besitzes in Linde's Zeitschrift, volume VI, p. 205 e segg. — ma senza che questo scrittore ne abbia ricavati buoni frutti: v. contro MEISCHNER Besitz p. 66 — Voigt, Sequester, pag. 39 e seg.

Interesse puto, qua mente
apud sequestrium deponitur res.

interesse multum, quid in-
ter contrahentes actum sit.

Elemento della volontà delle parti accentuato da Giuliano assai di frequente; confr. p. es. ancora fr. 24 (38-1) Jul. 52 Dig.

Or, alla decisione riferita da Minicio nel fr. 39 cit., e a quella di Sabino fr. 11 p. cit., Giuliano si oppone solo perchè concepita in termini assoluti, perchè vi è trascurato il momento del « quid actum est » che è per Giuliano, ne' due casi, decisivo.

Riconosciuto così il carattere di nota nel nostro fr. possiamo procedere oltre ed indagare, se possibile, qual fosse mai il responso originale, cui detta nota era apposta. Le regole logiche ci vengono qui in aiuto. I due membri della distinzione, dei quali uno viene a rilevare quanto vi ha di vero nella sentenza che precede, l'altro tende a scoprirne il lato falso, secondo le regole di logica elementare, si seguono sempre nell'ordine esposto, cioè: 1) concessione; 2) opposizione « ciò è vero in questo caso, ma non lo è in quest'altro. »

Confronto il nostro fr., per questo riguardo, con un altro di Giuliano stesso.

nam si omittendae possessionis causa, ad usucapionem possessio eius partibus non procederet:

at si custodiae causa deponatur, ad usucapionem eam possessionem victori procedere constat.

60 (47-2) — hoc tamen ita accipiendum est, si nullas retinendi causas is, cui res comodata erat habuit,

nam si impensas necessarias... furti actionem habebit.

L'opposizione è contenuta nel secondo membro — at si, nam si.

Da ciò ne segue, che nel responso che precedeva la nostra nota, si negava, certamente, la *possessio ad usucapionem* in favore della parte riuscita vittoriosa, per quel periodo di tempo nel quale la cosa restò presso il sequestratario. Tale decisione poteva essere,

nel caso concreto, conforme agli elementi di fatto che s'erano esposti al giurista rispondente; ma fu annotata da Giuliano, perchè egli, come s'è visto a proposito dei fr. 1, 33-3; 61 D. VI-1, e vedremo, in seguito, esaminando il fr. 60 D. 47-2, ha sempre cura, nella nostra opera di rilevare quelle decisioni determinate da una speciale conformazione del caso concreto, limitandole a quei dati presupposti, perchè il lettore non venisse tratto a riconoscerle come aventi forza assoluta. Nei commenti ai *libri responsorum*, specialmente, erano simili note, per la utilità della pratica e degli studiosi, necessarie; e noi le rincontriamo di frequente.

Premesso ciò, se passiamo ad indagare il principio che Giuliano riferisce nella nota come dirigente per la questione del possesso del sequestratario, lo ritroveremo facilmente. Giuliano espone qui una applicazione della teoria del possesso, come fu concepita, ancora nel periodo classico, dai Sabiniani (conf. Archivio Giuridico vol. 50, p. 276 e seg.) cioè; che il passaggio del possesso, totale, o relativamente a determinate conseguenze giuridiche, viene deciso dalla *causa possessionis*, e quindi in certi negozi giuridici — es. deposito presso il sequestratario — dalla volontà contrattuale delle parti, la quale determina, in modo specifico, se quel dato effetto giuridico deve o no seguire. Giuliano, nella sua nota, certamente, non oppone un nuovo principio, ma tende solamente a rilevare che mutati i presupposti del caso concreto, per cui era stato dato il responso, si dovesse necessariamente decidere altrimenti, conformemente ai principii *noti* in materia di possesso: *constat*.

Fiorentino, nelle sue istituzioni — ed il carattere dell'opera è importante in questo caso sia tenuto presente — segue, in sostanza, la stessa dottrina; poichè se questo giurista insegna che il possesso va perduto per i deponenti nel caso abbiano depositata la cosa presso un sequestratario, egli si riporta, per dimostrare tale verità alla volontà contrattuale delle parti, con precise parole e quasi in modo identico a Giuliano: *id enim agitur* ea de-

positione, ut neutrius possessioni id tempus procedat. ¹ Tanto l'affermazione di Fiorentino, che la nota di Giuliano hanno a base lo stesso principio.

* * *

fr. 30 (40-12).

Commodius autem est, favore libertatis liberum quidem eum esse, compelli autem pretii sui partem viri boni arbitrato victori suo praestare.

La chiusa di questo fr., offre varie difficoltà e potrebbe dubitarsi interpolata.

Il Mommsen ad. h l. ed il Lenel P. Jul. 875, n. 1 credono invece sia dessa una nota di Giuliano; e vi suppongono cadute le parole « Julianus notat ».

A suffragare questa opinione il Lenel richiama la L. 1 § 1, Cod. 7, 7, per escludere, forse, che vi sia la mano de' compilatori. Il Buhl [Salvius Julianus p. 214 e seg.] rileva che Giuliano accenna spesso il *favor libertatis*, che inspira la decisione contenuta nella fine del fr. in opposizione a quel che è detto avanti. ²

La mia opinione è tutt'altra, e prima di venire all'esame della forma è necessario vedere un po' da vicino qual'è la questione sostanziale. Dall'intero fr. la questione agitata appare la seguente: in separato giudizio, due pretendono, ognuno per proprio conto, la proprietà *pro parte dimidia* su di un uomo; dato che l'uno dei pretendenti sia riuscito vittorioso, e l'altro no, si chiede qual debba essere la sorte di tale *homo*. Sabino e Cassio fanno prevalere l'interesse del vincitore, e lo addicono per *intero* allo stesso. Lo scrittore della prima parte del fr. accede a questa opinione,

¹ Anche Eisele Z. R. G. vol. 11 p. 18 ha visto l'analogia di questa motivazione col fr. 39 in esame; ma egli crede sia dei compilatori.

² Del resto il Buhl manifesta di questo frammento tre opinioni successivamente. A p. 17 n. 2 dubita che il commodius... si debba a Giuliano, e ciò solo perchè ne ha già dubitato il Cuiacio, opera, vol. 6, p. 468; IV p. 1202. MERILLIUS I, p. 45. — A p. 17, 56, 57, 58, 214 poi si ritrovano miste tre opinioni successivamente: 1) è rimaneggiato; 2) è di Giuliano; 3) è de' compilatori.

cuius sententiae... et ego sum; accentua anzi quest'affermazione con un argomento ad absurdum « et sane ridiculum est arbitrari eum pro parte dimidia duci, pro parte libertatem eius tueri.¹

Dunque, la questione per ora si riduce a questo: sapere chi è quest'*ego*, Minicio o Giuliano?

Nella prima ipotesi, la chiusa del fr. potrebbe essere una nota di Giuliano, come è ammesso dal Mommsen e dal Lenel;² nella seconda, si deve, in quelle parole, riconoscere l'opera di una terza mano.

Or la prima parte del frammento vi hanno gravi indizii per attribuirlo a Giuliano. Comincio dall'esame della forma:

Duobus petentibus hominem in servitutem pro parte dimidia separatim, si uno iudicio liber, altero servus iudicatus est, commodissimum est eo usque cogi iudices, donec consentiant: si id non continget, Sabinum refertur existimasse, duci servum debere ab eo qui vicisset; cuius sententiae Cassius quoque est, et ego sum.

a) Per il commodissimum est confr.

fr. 3 § 2 D. 37.6 Julianus 23 Digest... videamus ergo ne *commodissimum* sit.

fr. 1 § 37 (16-3) Ulpian. 30 ad edictum. Apud Julianum.... *commodissime* dici ait.

fr. 53 (45-1) Jul. 16 digest. Stipulationes commodissimum est ita...

fr. 9 § 1 (33-5) Jul. 32 dig. dixi commodius constitui.

2) eo usque... donec: confr. Kalb. Romsjuristen.

3) Sabinum refertur existimasse... cuius sententiae Cassius quoque est, et ego sum — Confr. fr. 24 § 1 D. 19.1 Julianus 15 dig. — Cassius veram opinionem Sabini rettulit, in qua ego quoque sum.

¹ Non consta però che i Sabiniani con queste parole volessero mettere in ridicolo l'opinione contraria, rappresentata dai Proculiani, come crede il CUIACIO Opera vol. VI p. 505, perchè dal fr. di Dositeo 10 risulta che pur Proculo ammetteva lo ius adreascendi in una specie analoga.

² Così anche Pernice H. O. C. p. 60.

Attribuendo poi questa parte del fr. a Giuliano si spiega benissimo anche la forma « *Sabinum refertur existimasse* » che rivela uno scrittore che non è certamente contemporaneo di Sabino, e questi non può essere, come vedremo, Minicio.

Questa conclusione, ricavata per ora dalle osservazioni formali fatte, è poi resa certa dalle ragioni sostanziali. Giuliano seguiva in questa questione l'opinione della sua scuola, o meglio di Sabino e Cassio.

Io stimo necessario di attrarre qui l'esame d'un caso analogo che ci spianerà la via nella indagine nostra. Ulpiano, *Regulae* I, 18 tratta il caso della manumissione del servo comune fatta da uno de' condomini. L'effetto della stessa è che: unus ex dominis partem suam amittit, eaque adscrescit socio, maxime si eomodo manumiserit, quo si proprium haberet, civem romanum facturus esset, nam si inter amicos eum manumiserit, *plerisque*. placet eum nihil egisse.

Identica relazione abbiamo ne' frammenti di Dositeo 10: Communis servus ab uno ex sociis manumissus, neque ad libertatem pervenit et alterius domini totus fit servus iure adcrendi; sed inter amicos servus ab uno ex sociis manumissus utriusque domini servus manebit, ius enim adcrendi in hac manumissione non versatur (Krüger-servatur] quamvis Proculus existimaverit adcrendere eum socio... qua sententia (Huschke-non) utimur.¹

Dunque, da questi fr. si rileva che lo jus adcrendi era ammesso, generalmente, nel caso di manumissione fatta da uno de' padroni del servo.

Or questa soluzione è identica a quella che noi troviamo nel nostro

¹ Si osservi quanta analogia havvi fra i due testi, quello di Ulpiano *Regulae* e questo di Dositeo. Come in molti altri punti, anche qui le questioni sono trattate con lo stesso ordine, e certamente, se questi frammenti di Dositeo non furono presi dalle *Regulae* di Ulpiano direttamente, come vuole il CULACIO, dovrebbe almeno ritenersi che dovettero avere una fonte comune. Fo inoltre osservare che la forma « qua sententia utimur » si trova quattro volte presso Ulpiano; e degli altri giuristi solo una volta l'ha Paolo e l'omponio.

fr. sostenuta da Sabino e Cassio, per il caso di un giudicato diverso pronunziato sul servo. Giuridicamente dico si ha un caso analogo, perchè nell'uno e nell'altro trattasi di sapere: quale sarà la condizione dell'uomo al quale solo per metà competerebbe la libertà, per manumissione o vittoria in processo. L'accrescenza era ammessa, s'è visto, da Sabino e Cassio, ed in un caso ancor più grave, laddove si trattasse cioè di una manumissione inter amicos, anche da Proculo, se ai frammenti di Dositeo si deve prestar fede. Ma checchè ne sia di ciò, per la nostra questione abbiamo noi un terreno sodo, poichè è certo che nel diritto classico, almeno sino alla prima metà del secolo secondo, l'opinione comune a tutti i giuristi era che si dovesse ammettere il dominio intero del pretendente vincitore, o del condomino che non avesse manomesso lo schiavo. Tale decisione era la sola che trar si potesse dai principii giuridici e dalla natura stessa del condominio, e lo stato della giurisprudenza antica ci viene riferito da Giustiniano nella cost. 1 in fine 7, 7, in quella Cost. cioè, data per risolvere gli ultimi dubbi concernenti la nostra questione: *ius autem adcrendi* — dice Giustiniano — *quod antiqua iura in communibus servis manumittendis introducebant, nullius esse momenti, nec in posterum frequentari concedimus*. Lo stesso concetto abbiamo ricavato da Ulpiano *Regulae l. c.* — ed in proposito è anche degno d'essere esaminato il fr. 9 in fine D. 40-12, estratto dai libri di Gaio ad ed. prae. urb., che tratta appunto il caso della vittoria in processo di uno de' pretendenti la metà dello schiavo in servitù. Riferita Gaio la questione egli fa diverse ipotesi, e continua:

... si cui vero placeat non prodesse, is habebit sequentem dubitationem, utrum id, in quo quis victus est, *nullius* erit, an *eius* esse debeat, cum quo actum sit, (adsertoris? Lenel P. Gai 38) *an* potius *eius* qui vicerit? scilicet ut utilis actio detur ei qui vicerit.

(...) *minime autem praetor pati debeat, ut pro parte quis servus sit.*

Dov'è qui la decisione? Certamente vi manca, e doveva stare al posto dove io ho segnato de' puntini. Gaio che comincia la sua indagine così largamente, col suo « dispiciamus », che mette avanti tre possibilità di soluzione, non poteva poi infine cavarsela così cavallerescamente, annunziandoci che il Pretore non permetterà che uno resti servo per metà. — Ma deve esser libero, o servo? — Certamente, ripeto, la decisione contenuta nel testo di Gaio fu cancellata, ed il « minime autem praetor pati debeat, ut pro parte quis servus sit » fu appiccicato dai compilatori, storpiandolo nella forma, al posto della decisione, mentre era in Gaio una motivazione.

Si confrontino infatti queste parole con quelle che abbiamo riscontrato nel nostro fr. in esame:

et sane ridiculum est arbitrari eum pro parte dimidia duci, pro parte libertatem eius tueri.	minime autem praetor pati de- beat, ut pro parte quis servus sit.
--	---

È lo stesso argomento che serviva a sorreggere, anche in Gaio, quella opinione che noi conosciamo dal nostro fr. e che apparteneva a Sabino e Cassio. Nè poteva invero, un modesto pedante, quale era Gaio, distaccarsi dagli insegnamenti della sua scuola, cosa del resto che non fa *mai*, nelle opere a noi pervenute senza la mediazione dei compilatori.

Così abbiamo trovato anche in Gaio l'opinione di Sabino e Cassio, i compilatori la eliminarono lasciando la loro impronta nel « *minime... debeat* ». Si potrebbe forse opporre, perchè mai i compilatori non vi sostituirono la sentenza contraria, dacchè si avvidero non rispondere quella del testo alla loro opera? La risposta è facile, i compilatori si contentarono qui di accennare solamente ad una decisione, in termini vaghi, perchè avevano redatta già sulla questione una Costituzione nell'Aprile del 530; l'importante era per loro respingere l'opinione contraria, e non lasciar d'altra parte il testo in sospeso.

Ci resta ora ad esaminare la Cost. di Giustiniano C. 1 Cod. de communi servo manumisso, che ci porterà alle nostre conclusioni.

In communes servos eorumque libertates, et quando cuidam domino pars libertatem imponentis adcrecit nec ne, et maxime inter milites, qui huiusmodi imponunt libertatem, *ambiguitas multa exorta* esta pud veteres iuris auctores. Et inventa est constitutio apud Marcianum in institutionibus divi Severi, per quam idem imperator disposuit *necessitatem* imponi heredi militis *comparare partem socii* et servum libertate donare § 1 — Sed et alia constitutio Severi et Antonini principum reperta est, ex qua *generaliter* necessitas *imponeretur* socio partem suam socio *vendere*, quatenus libertas servo imponatur, licet nihil lucri ex substantia socii morientis alii socio accedat, *pretio videlicet arbitrio* praetoris constituendo, secundum ea, quae et *Ulpianus* libro VI fideicommissorum et *Paulus* l. III fid. refert, ubi et hoc relatum est, quod *Sextus Caecilius* iuris antiqui conditor *definivit* socium per praetorem *compelli* suam partem vendere, quatenus liber servus efficiatur: quod et Marcellus apud Julianum in eius digestis notat.¹

Or dalle abbondanti notizie che abbiamo in questa Costituzione, unite alle altre ricavate dai frammenti già esaminati, risulta il seguente processo storico.

a) Presso i giuristi classici « *ambiguitas multa exorta est* »² circa la sorte di quei servi comuni che avessero ricevuta da uno de' padroni la libertà, come nel caso che solo uno de' pretendenti lo schiavo in servitù *pro parte*, fosse riuscito in processo vittorioso.²

¹ Le parole del seguito del testo: *hocque et Marcellum, cum Julianum notarēt, rettulisse palam est*: sono, evidentemente, una glossa; confr. KRÜGER a.l. h. l..

² Ripeto ancora, tanto che si tratti di manomissione quanto di processo, la questione giuridica era analoga, così i dubbi per l'attuazione pratica, perciò non credo di procedere arbitrariamente accumulando i due casi. Infatti dal fr. 30 in esame, dalla Cost. riferita nel testo, si rileva che la soluzione fu poi identica, non che da un fr. di Papiniano, che vedremo subito.

b) L'opinione certamente prevalente, se non esclusiva, sino al periodo Adrianeo, ci è omai noto, ammetteva l'accrescenza della parte del servo all'altro condomino. Per essa stanno, come s'è visto, da una parte Sabino e Cassio, d'altra parte Proculo — fr. 30 cit. Ulp. Reg. 1 § 18. Dositeo 10. Cost. cit. in fine.

c) Nel § 1 di detta Cost. poi è riportata a Sesto Cecilio (Africano)¹ una diversa opinione, secondo la quale il diritto di accrescenza dell'altro socio o pretendente veniva escluso e chi restava proprietario *pro parte* dello schiavo era costretto a vendere la sua parte, pretio videlicet arbitrio praetoris constituendo, in modo che il servo potesse conseguire la libertà. Questa soluzione, certamente equa, che agevolando la libertà non ledeva gl'interessi del socio proprietario *pro parte*, sembra sia stata accettata da Marcello, perpetuo censore di Giuliano, e ne fece anzi oggetto di una nota ne' digesti di quest'ultimo — quod et Marcellus apud Julianum in eius digestis notat.

Papiniano, ne' suoi responsi, libro II, accolse pure la opinione di Africano: — fr. 29 D. 44-2: aut etiam duobus separatim agentibus alter optinuit, libertates competere *placuit* ita tamen ut officio iudicis indemnitati victoris, futurique manumissoris consulatur.

Fu seguita infine da Ulpiano e Paolo, i quali poterono richiamarsi alle Costituzioni date dagli imperatori Severo e Antonino sul proposito. Così nel periodo classico stesso l'opinione di Africano, confermata per Costituzioni di Imperatori, riuscì vittoriosa. Questi dati, che ci sono offerti principalmente da Giustiniano, non hanno ragione per revocarli in dubbio, tanto più che sono esposti minuziosamente, ed al certo con la guida di una delle opere di Paolo o Ulpiano. Quali motivi si possono addurre per non credere che sia stato soltanto Africano il primo, il quale, come ci è riferito,

¹ Conf. Krüger, Geschichte etc. pag. 177, n. 25 — Mommsen Z. R. G. vol. IX. p. 92, n. 29, crede la citazione della C. riferita si riporti ad un libro *de fideicommissis* di Africano.

« definivit » in quella maniera, accolta poi da altri giuristi e dai Principi? — Era pur Africano un giurista eminente [confr. Gellio 20 § 1] da poter determinare con la sua autorità una nuova corrente nella questione. Marcello annotò i digesti di Giuliano, perchè non si deve credere alla notizia che ci dà la Costituzione, cioè che in una nota oppose appunto a Giuliano l'opinione di Africano? E se ragioni per dubitare non ne abbiamo, risulta, che Giuliano aveva ne' suoi digesti rappresentata l'opinione a noi nota di Sabino e Cassio. [Conf. anche Cuiacio opera vol. VI, p. 505]. Così si spiega che nè Paolo nè Ulpiano citano nella nostra questione il nome di Giuliano; nè avrebbero i compilatori tralasciato quel nome, tanto di frequente invocato ¹ se l'autorità del grande giurista stava per l'opinione che riferivano. Avrebbero essi attribuito al discepolo dell'ordinatore dell'editto, cioè ad Africano, quello che sarebbe stato detto dal Maestro? Le difficoltà come si vede, se ci distacciamo dalle notizie che si ricavano dalle fonti, divengono insormontabili, laddove attenendoci ad esse tutto si spiega senza ombra di ostacolo. Ed in tal modo ci vien confermata anche sostanzialmente la conclusione tratta dalla forma del fr. 30 in esame, che si deve ritenere scritto da Giuliano — cuius sententiae... et ego sum. Non voglio anzi tralasciare di affrontare ancora un dubbio che si potrebbe sollevare contro questa conclusione.

Nel fr. 18 p. D. 28-6, Ulpiano (16 ad Sab.) riferisce una opinione dal L. XXX de' digesti di Giuliano, ed immediatamente dopo dà una decisione sulla nostra questione nel senso di Africano. Il Cuiacio ² infatti osservando quella citazione ritenne *procul dubio* che in essa fosse riprodotta la nota da Marcello inserita ne' digesti di Giuliano. Ma questa asserzione, la quale già per sè non oppugnerebbe quanto io ho sostenuto, non ha base; perchè, di

¹ Confr. Cost. Tanta, § 18 — Cost. Dedit nobis deus, § 18 — Novella 74 p. — altre citazioni dal Codice, confr. Heineccius, Opera vol. II, p. 809.

² Opera vol. VI, p. 505.

certo, la citazione Giulianea va solamente sino alla parola « scribit »; tutto il resto « quod si... aequitatis ratio suggerit, ut ipse pretium partis suae domino offerens possit et libertatem et hereditatem consequi » è di Ulpiano. Questo è conforme a quello che s'è detto, e la forma ce lo attesta, infatti: aequitatis ratio suggerit, è una espressione prediletta a Ulpiano, come ai compilatori. [Confr. *Bullettino dell'Istituto di d. r.*, vol. VI, p. 130, n. 4].

Concludendo, le prove portate escludono direttamente che la nota *commodius...* del nostro fr. 30 sia di Giuliano, e confermano, invece, che Giuliano seguiva l'opinione di Sabino e Cassio, ammettendo cioè anch'egli il diritto d'accrescenza al socio.¹

La nota *commodius*, alla quale finalmente ritorniamo, non può dunque essere di Giuliano, ed allora essa appartiene formalmente ai compilatori.

I compilatori avevano avuta occasione di studiare la questione già avanti, nella elaborazione della Cost. 1 cit., e quindi modificarono costantemente, come s'è poi visto, quanto incontrarono di contraddittorio. Se poi passiamo ad esaminare la forma di quel periodo; *commodius autem... liberum quidem... compelli autem...* ci appare evidente l'impronta de' bizantini.

Il *commodius*, infatti, *more solito*, fu preso a prestito dal *commodissimum est* che i compilatori lessero nel testo di Giuliano. Tale procedere è omai abbastanza noto, per citare qui un nuovo esempio ricordo il fr. 38 D. de H. P. 5, 3 estratto dal libro XX ad ed. di Paolo, che comincia con la parola *plane*; in esso fu introdotta dai compilatori una lunga interpolazione (*sed benignius est...*), nella quale riappare di nuovo, per soddisfare un debito di cortesia, il povero *plâne*.

Il *compelli* poi lo ritroviamo nella nostra C. 1 esaminata, e

¹ Non si opponga col Brul. che Giuliano fu sempre sostenitore del favor libertatis, perchè se ciò è vero, in generale, anche Giuliano tuttavia preferisce delle volte la conseguenza giuridica; un esempio abbastanza chiaro in questa materia in Dositeo § 15 mentre Nerazio aveva una opinione più benigna.

non ha bisogno di speciale accusa: confr. Eisele, Z. R. G. vol. XX p. 28, § X.

Una bella riconferma di tutto quanto ho esposto si ha infine ne' Basilici, 30 (48-8) scolio g. — Lo scoliaste nel riferire li testo osserva: Sabinus quidem dicebat eum duci debere; et eius sententia erat Cassius. Ego quoque, *inquit Julianus*, ei adsentior. (Heimbach vol. IV. p. 730).

Il Krüger¹ pare non voglia prestar fede a questa notizia, come anche il Bubl²; ma dopo quanto s'è detto, si può ritenere che Doroteo ne sapeva più, nella nostra questione, di quanto ne possano sapere i moderni.³ Concludendo dunque, il fr. 30 cit., nella sua prima parte, appartiene a Giuliano e non a Minicio. Il commodius... non è una nota, ma una interpolazione de' compilatori. L'unica difficoltà che mi si potrebbe opporre, come cioè in quest'opera si trovi un frammento di Giuliano che non ha il carattere di nota, verrà discussa ed eliminata in seguito.

*
* *

fr. 60 (47-2).

... hoc tamen ita accipiendum est, si nullas retinendi causas is, cui commodata res erat habuit: nam si impensas necessarias in rem commodatam fecerat, interfuit eius potius per retentionem eas servare quam ultro commodati agere, ideoque furti actionem habebit.

La prima parte del testo, che non ho qui trascritta, era già nei libri di Minicio e fu al solito, come vedremo a suo luogo, mutilata.

¹ O. c. p. 161, n. 121 — nella nota 124 poi riferisce le parole « ego sum » a Minicio che lo avrebbe appreso di seconda mano. Io ho già accennato che ciò non è certo possibile per il « refertur existimasse ».

² Salvius Julianus vol. I, p. 57.

³ E ciò affermo tenendo pur presente quanto scriveva il Mommsen Z. i. R. G. volume IX p. 93, sulla inattendibilità di tali testimonianze, anche nel caso che provengano dagli stessi redattori de' digesti. Per la conoscenza delle fonti antegustiniane che mostra Doroteo, confr. Krüger, O C. p. 361.

Si chiedeva in essa se il comodatario potesse avere l'actio furti contro lo stesso comodante che gli sottrae la cosa. L'actio furti compete, come è noto, a chiunque vi abbia un interesse, sia o no possessore. Confr. fr. 10, 12 D. eod.; fr. 14 § 12, 15: fr. 14 § 16 eod.; omnibus quorum periculo res alienae sunt, veluti commodati. Paolo R. S. II, 31 § 5. In generale però la sottrazione commessa dal *domino*, non costituisce furtum — rei enim nostrae furtum facere non possumus. Paolo R. S. II, 31 § 21. Il comodatario resta quindi liberato dalla obbligazione di *restituere* assunta ricevendo la cosa, e non ha actio furti, perchè: nihil eius interest.

Così infatti è deciso nella prima parte del nostro testo, e son fatte valere le considerazioni surriferite « quia suum (sc. commodator recipisset, et ille commodati liberatus esset. Confr. anche fr. 21 p. D. XIII. 6 Afric. quaest.

Questa decisione, giusta nel più gran numero de' casi, e nella specie che fu presentata al giurista rispondente senza dubbio, può esser falsa in altri casi, se particolari elementi intervengono, p. es. se il comodatario ha fatto per la cosa delle spese necessarie. Egli avrà diritto allora alla ritenzione della stessa, per il rimborso delle spese fatte, e potrà far valere tali pretese nel iudicium contrarium. Confr. fr. 15 § 1 D. 47-2 Paolo ad Sab.; fr. 2 p. D. 14-2. Paolo R. S. II, 31 § 36. Conseguentemente la sottrazione della cosa fatta dal *dominus* costituisce un furtum.

Giuliano quindi stima necessario limitare quel responso assoluto, e precisa nella nota sotto quali condizioni esso debba ritenersi per vero. Le note di questo genere, sono in generale assai frequenti, e noi ne abbiamo rilevate parecchie in quest'opera stessa.

Le parole poi « hoc tamen ita accipiendum » sono caratteristiche per le note¹, e confermano l'anzidetto.

¹ Confr. anche KREYSSIG — De auctorum et commentatorum verbis in digestorum interpretatione distinguendis observationes (1817) § 11.

Accipere infatti è usato in senso traslato, per « mente percipere, intellegere, interpretare. [Confr. Forcellini h. v.]. I giuristi fanno largo uso di questa parola sempre ne' loro commenti, per dire: questa parola della legge, dell'editto, di questa dichiarazione di volontà, di questa sentenza o responso; oppure tutta questa dichiarazione, sentenza o responso, si deve intendere così e non così, limitata a questo caso, oppure estesa a quest'altro.¹

*
* *

fr. 12 — (33-5).

Servo generaliter legato, verius est omnes heredes, si eis electio data est, eundem dare debere; si non consentiant heredes ex testamento eos teneri.

Il caso riferito da Minicio venne riepilogato dai compilatori con un ablativo assoluto « servo generaliter legato. » Quello che segue era una nota di Giuliano « Julianus notat-verius est... »

Quale fosse la decisione contenuta ne' libri di Minicio non è possibile indagare perchè la falce de' commissari andò qui troppo a fondo, portando via tutti gli elementi di fatto del caso trattato. Nella nota è supposto che la scelta, nel legato generico, fosse rilasciata agli eredi. Attribuendo questa decisione a noi pervenuta a Giuliano richiamo il seguente frammento; fr. 34 § 1 D, 46-3 Julianus 54 digest. per la necessità di prestare i coobligati *eundem hominem*.

*
* *

fr. 8 — (41-4).

Si quis, cum sciret venditorem pecuniam statim consump-

¹ Qualche esempio per ogni caso riferisco in mezzo al ricco materiale che ci offrono le fonti: Per leggi e decreti « fr. 64, § 7 (24-3) Ulp. ad leg. Jul. et Pap.; fr. 3 p. D. 22-1 Pap. Quaest. — Per l'editto Frag. Vat. 321 — fr. 6 § 3 D. 3-2 Ulp. ad ed. — Per i testamenti fr. 95 de legatis III — Sentenze fr. 9 § 3, D. 22-6 — Responsi di altri giuristi, Giuliano ad Urseium fr. 35 D. 41-3 — quod sic accipiendum est — fr. 3 § 7 D. 15-1 Ulp. ad Sab — fr. 36 (23-3) Ulp. ad Sab. fr. 22 D. 42-1 Pomp. ad Q. Mucium « sed hoc ita accipiendum [confr. Bullettino dell'Istituto di d. r. vol. VI p. 129] — fr. 19 § 2 in f. D. 19 2 Ulp. ad ed.

turum, servos ab eo emisset, plerique responderunt, eum nihilominus bona fide emptorem esse: | idque verius est: [quomodo enim mala fide emissee videtur, qui a domino emit?] nisi forte et is, qui a luxurioso et protinus scorto daturus pecuniam servos emit, non usucapiet.

La prima parte del fr. era nei libri di Minicio. Nel testo genuino invece del « plerique responderunt » erano, forse, fatti de' nomi, che furono cancellati dai compilatori, perchè fu tolto il distintivo della nota « Julianus notat » che stava innanzi allo « idque verius est ». Di questi cambiamenti se ne hanno esempi parecchi.¹ Che l'approvazione, contenuta nelle parole « idque verius est », sia caratteristica della nota, ci è già noto; confr. principalmente Julianus ad Urseium, fr 8 p. D. 28.5, et id est verius; fr. 18 (11-1) idque est verum; Paolo 50 ad ed. fr. 18-20 D. 38-1. Sabinus... scribit... idque est verum.

Giuliano dunque esordisce nella sua nota approvando l'opinione del testo. Le parole poi che seguono: quomodo enim mala fide emissee videtur, qui a domino emit? non possono appartenere nè a Giuliano, nè ad un giurista classico.

Enfatiche nella forma, sono poi in sostanza senza alcun senso, ed in contraddizione con tutto il resto del frammento.

Lo scrittore infatti presuppone che, nel caso concreto, il venditore fosse in effetto *dominus servorum*, e trova quindi strano che si potesse discutere la buona fede del compratore; *quomodo enim...*

Ma siffatta particolarità, non solo non risulta dalla specie riferita, ma è anzi direttamente esclusa dal linguaggio adoperato dai giuristi, e più direttamente poi dalla stessa decisione. L'espressioni che troviamo nel fr. sono abbastanza caute; in esso si parla di *venditor...* *servos ab eo...* e mai di *dominus*, o di *servos eius*;

¹ Bullettino dell'Istituto di d. r. vol. VI, p. 153 n. 2.

con tale linguaggio collima perfettamente il responso dei giuristi: eum nihilominus bona fide emptorem esse. Non si parla dunque di passaggio di proprietà, ma solo di compra in buona fede e l'acquirente è caratterizzato *bona fide emptor*. Se così è, nella specie era necessariamente presupposto un acquisto fatto dalle mani di uno sciupone, che non aveva la *potestas alienandi*, cioè, nel caso più comune *a non domino*: il *quomodo enim... qui a domino emit*, contiene dunque una asserzione gratuita, un malinteso.

Tutti gli scrittori, invece: Bruns, Wächter, Pernice, Bonfante, nella discussione sulla essenza della *bona fides*, si richiamano al nostro fr. riferendolo come contenesse un caso d'acquisto *a domino*; ciò fa davvero senso, perchè, se non bastassero le prove in contrario finora addotte, la nota di Giuliano dovrebbe levare ogni dubbio, e, come a me pare, avrebbe dovuto rendere più accorti gli scrittori citati.

Giuliano, alla specie riferita dal Minicio, aggiunge solo una lieve modificazione, per lui rilevante, ma ne lascia inalterati i presupposti essenziali: *nisi forte¹ et is qui a luxurioso et protinus scorto daturō pecuniam servos emit, non usucapiet*; la questione, evidentemente, qui, come nel caso innanzi discusso, verte sulla esistenza o meno della buona fede, come elemento necessario all'usucapione; in entrambi i casi si ricerca se il compratore di quei servi, in quelle date condizioni, possa o no usucapire: e di usucapione, giova ripeterlo, si può parlare solo nel caso di acquisto fatto *a non domino*² oppure, ciò che per la nostra questione fa lo stesso, da chi non aveva la *potestas alienandi*. L'asserzione dunque, che un tal compratore non poteva essere in mala fede, perchè *a domino emit*, è certamente estranea al testo

¹ Altro esempio d'eccezione inserita con *nisi forte* da Giuliano, nel fram. 38 D. de R. V. VI-I.

² Confr. fr. 9 D. 22-6 (Paolo). fr. 26 D. in fine 18-1 (Pomponio). La decisione contraria di Pomponio, fr. 32, § 1 D. 41-3, è ormai riconosciuto che è isolata. V. del resto la nota seguente.

genuino, nè credo necessario accennare che la è già falsa, in modo generale.¹ Essa ha tutta l'apparenza, più che di una interpolazione, d'una glossa marginale,² accolta nel testo posteriormente.

Tenendo distinta la nota di Giuliano, il fr. genuino doveva esser questo: Si quis, cum sciret venditorem pecuniam consumpturum, servos ab eo emisset, *plerique* responderunt, eum nihilominus bona fide emptorem esse.

Julianus notat: idque verius est: nisi forte et is, qui a luxurioso et protinus scorto daturò pecuniam servos emit, non usucapiet.

Depurato così il nostro testo, che per la presenza di quella glossa riceveva tutt'altro carattere, ne appare limpido il vero contenuto, e la speciale importanza che esso ha per la determinazione del concetto della *bona fides*.

Mi si permettano su questo riguardo poche osservazioni.

Nel caso riferito da Minicio, alcuni giuristi, con i quali consente Giuliano, — *idque verius est* — avevano ammesso che era da ritenersi *bona fide emptor* colui che avesse comprato degli schiavi da un tale *creduto dominus*, sebbene fosse egli consapevole che quel prezzo sarebbe stato tosto dal venditore dissipato.

Quello che dava motivo a dubitare era, senza dubbio, il lato morale di quella compra fatta in siffatte condizioni, il valore etico dell'atto.

Veniva in discussione, se il solo fatto che l'acquirente fosse a conoscenza che il venditore avrebbe sperperato il denaro ricavato dalla vendita, escludesse la buona fede e quindi l'usucapione. Forse fu ciò controverso fra i giuristi, (*plerique* respon-

¹ Infatti si può essere in mala fede, pur avendo acquistato *a domino*; primo, se il venditore non ha faoltà d'alienare: pupillo, prodigo, furioso; secondo, nel diritto classico, se la donna aliena una *res mancipi*, *sine tutoris auctoritate*; ed in generale, se per il trasferimento di una *res mancipi*, non si è fatta la *mancipatio*.

² Confr. Bullettino dell'Istituto di d. r. vol. VI p. 166 e note.

runt... idque *verius* est), ma la risposta a noi pervenuta è negativa, ed alla stessa aderì Giuliano.

Senonchè, l'adesione di Giuliano non fu illimitata, ma con una certa riserva, concretata dal giurista in un esempio analogo, che inserì nella nota: *nisi forte*, ecc. L'elemento nuovo che appare nel caso fatto da Giuliano, in confronto a quello riferito da Minicio, è, evidentemente il seguente; il compratore, in questa seconda specie, non solo sa, genericamente, che il prezzo degli schiavi sarà dal venditore sperperato, ma conosce anche, specificamente, che tale spreco avverrà in modo immorale, che quel denaro cioè passerà immediatamente, come prezzo di vile mercato, nelle mani di una prostituta.

Qui Giuliano sarebbe inclinato a negare la *bona fides* del compratore, e quindi l'usucapione. E questa eccezione, che molto piacque al Cuiacio, svela, secondo io credo, tutta la sostanza della discussione e la *ratio dubitandi* dei giuristi. Si discuteva unicamente del valore etico dell'atto; si ammetteva nel primo caso l'esistenza della *bona fides*, perchè, solo la consapevolezza generica che il venditore avrebbe consumato ¹ tosto il denaro, non poteva affettare d'immoralità tutto il negozio, non poteva rendere l'agire del compratore disonesto. In nessuna società, si sarà osservato, è lecito riversare sul compratore la responsabilità per l'impiego più o meno utile, e se si vuole per lo sperpero che il venditore potrà fare del prezzo riscosso.

La linea che separa il lecito dall'illecito e spesso però assai sottile, e Giuliano ce lo mostra con l'esempio da lui supposto, nel quale il compratore è a conoscenza che del prezzo sarà fatto un uso immorale; allora egli eticamente appare come un complice della

¹ Infatti nel *consumere* del fr. è sottinteso solo uno sperpero, forse anche solamente un impiego inutile, e nient'altro: *male consumere* nel fram. 32 D. de minor. 4-4.

libidine altrui, d'un turpe fatto, e non si può più ritenere un *bona fide emptor*.¹

Or questi due casi esaminati sono assai istruttivi per il concetto della *bona fides*. Emerge da essi evidente, che l'elemento psicologico, la credenza cioè d'esser divenuto proprietario, oppure di aver acquistato dal proprietario o da persona autorizzata, non può riguardarsi come il sustrato del concetto della *bona fides*, o come un elemento prevalente della stessa; ma piuttosto, la *bona fides*, nella sua essenza, e per tutti i rapporti, ci si rivela come un concetto etico, quel comportamento conforme alla legge morale della società, che il diritto ha riconosciuto come concetto giuridico, annettendo allo stesso conseguenze giuridiche.² Con ciò non è detto che lo stato psicologico dell'individuo non abbia importanza; dacchè una tale affermazione urterebbe non solo contro molte decisioni delle nostre fonti, ma specialmente contro quella stessa distinzione introdotta da Giuliano nel nostro fr.; da essa si ricava che la conoscenza che il subbietto ha di taluni fatti, il suo stato psicologico costituisce un elemento rilevante per determinare se una data azione sia o meno conforme al sentimento morale.³

*
* *

fr. 27 — (38-1).

Si libertus artem pantomimi exerceat, *verum est* debere eum non solum ipsi patrono, sed etiam amicorum ludis gratuitam operam praebere: | sicut eum quoque libertum, qui medicinam exercet, *verum est* voluntate patroni curaturum gratis amicos eius; neque enim oportet patronum, ut operis liberti sui utatur, aut ludos semper facere aut aegrotare.

¹ Cuiacio vol. VI p. 495, confronta bene a proposito il caso fatto da Giuliano con Seneca, de beneficiis II, 14: pecuniam non dabo, quam numeraturum adulterae sciam, ne in societatem turpis facti vel consilii veniam.

² Anche nei contratti a delle considerazioni puramente etiche vengono annesse gravi conseguenze giuridiche; confr. fram. 12 § 11 D. 17, 1 e Pernice, Labeo, I p. 451 e seguenti.

³ Confr. anche Bonfante, in questo Bullettino p. 94 e seg.

Anche qui avvi qualche cosa di insoddisfacente.

Il « *verum est* » ripetuto è affatto insopportabile. Evidentemente anche qui i compilatori hanno fatta la solita fusione del testo con la nota, ¹ ed eliminati tutti i nomi che si trovavano nel testo originale, ripeterono il *verum est*, che si trovava nella nota di Giuliano. Gli altri esempi finora a noi noti rendono già probabile la pretesa operazione; ma bisogna poi tener presente, che nei libri di Minicio erano, in gran parte, riferiti responsi di altri giuristi che riguardavano quindi un singolo caso. Giuliano, nelle sue note, anche se nulla ha d'opporre alla decisione, cerca di esplicitarla e renderla quanto più evidente. Qui si serve d'un caso analogico: *sicut eum quoque etc.*, per dimostrare che una decisione contraria a quella che trovavasi nel testo sarebbe stata assurda. Il nuovo esempio inserito da Giuliano è assai efficace; è necessario, egli dice, ammettere che la prestazione delle opere liberali dovute dal liberto, deve potersi fare, ne' limiti che il padrone desidera, ai terzi; perchè non si può pretendere che il padrone, per servirsi delle opere del liberto medico, per esempio, debba accontentarsi di stare sempre ammalato!

* * *

fr. 49 — (23-3).

... si acceptam non fecisset et promissor solvendo esse desisset quaereremus, an culpa mariti ea pecunia exacta non esset; cum vero acceptam fecit, omnimodo periculum ad eum pertinebit; perinde enim est, ac si acceperit pecuniam et eandem promissori donaverit.

Nell'opera originale anche questa era una nota.

La questione proposta era, se il marito accettando la somma promessa; dotis nomine, da un estraneo donante, fosse responsabile della stessa di fronte alla donna o suoi eredi, in altri termini se dovesse, anche in tal caso ritenersi esistente la dote.

¹ Anche BURL — Salv. Julianus, p. 58 esprime tale dubbio.

Or per questo caso speciale, abbiamo noi nelle fonti prove dirette di una divergenza fra i giureconsulti romani. Primo già Labeone, e con lui consente Giavoleno, reputò che accettando il marito la dote promessa, senza *iussus mulieris*, in ogni caso, fosse cioè anche debitore il suocero caduto in miseria, ne assumesse la responsabilità. fr. 66 § 6 (24-3) Javol. VI ex post. Labeon. Si vir socero iniussu uxoris manente matrimonio dotem acceptam fecisset, *etiamsi id propter egestatem soceri factum esset*, viri tamen periculum futurum ait Labeo, et hoc verum est.

Si osservi che in questo fr. le parole « *etiamsi id propter egestatem soceri factum esset* » sono rilevate, non senza motivo, come degne d'importanza. In esse domina il concetto, che la responsabilità del marito potesse solo essere esclusa dal *iussus* della moglie, senza aversi poi riguardo alla persona del debitore, alle cause che avessero mosso il marito a liberarlo. Presso Sabino, invece, questa opinione, strettamente giuridica, non la troviamo. Anche da quel poco che ci venne conservato nella compilazione, risulta che Sabino ebbe, in questa materia, speciale riguardo sia ai rapporti intercedenti fra le persone, come alla causa della promessa di dote fattasi al marito. A parte quindi che la liberazione del debitore fosse avvenuta per un *iussus* della moglie (frammenti 36, 38 D. 23, 3; Ulp. 48 ad Sabinum), egli ammetteva la responsabilità del marito, solo nel caso che il promettente la dote fosse stato *debitor mulieris*. Questo è il concetto fondamentale del fr. 33 D. 23, 3, Ulpianus 36 ad Sabinum, nel quale troviamo anzi direttamente Giuliano di fronte a Sabino. Il fr. è stato dai compilatori fortemente mutilato ed interpolato, come appare a vista d'occhio, ma resta sempre di grande importanza per la nostra questione.

Si extraneus sit qui dotem promisit isque defectus sit facultibus, imputabitur marito cur eum non convenerit, maxime si ex necessitate, non ex voluntate dotem promiserat: nam si donavit, utcumque parcendum marito, qui eum non praecipitavit ad solutio-

nem qui donaverat quemque in id quod facere posset, si convenisset, condemnauerat. hoc enim divus Pius rescripsit, eos, qui ex liberalitate conveniuntur, in id quod facere possunt condenmandos. sed si vel pater vel ipsa (chi?) promiserunt, Julianus quidem libro XVI dig. scribit etiam si pater promisit, periculum respicere ad maritum: [*quod ferendum non est. debet igitur mulieris esse periculum: nec enim quicquam iudex propriis auribus audiet mulierem dicentem, cur patrem, qui de suo dotem promisit non urxerit ad exsolutionem, multo minus, cur ipsam non convenerit.*] recte itaque Sabinus [*disposuit, ut diceret*] quod pater vel ipsa mulier promisit viri periculo non esse, quod debitor, id viri esse, quod alius scilicet donaturus, eius periculo ait, cui acquiritur; acquiri autem mulieri accipiemus, ad quam rei commodum respicit.

Da questo amalgama che ci presentano i compilatori, quanto appare perlomeno evidente è la divergenza tra Sabino e Giuliano, della quale noi abbiamo d'altronde altri indizi nelle fonti, — confr. fr. 30 § 1 D. 24-3. Julianus XVI Dig., e per Sabino l'accenno nei frammenti Sinaitici XII. — Tale divergenza però non si deve intendere nel senso, come apparirebbe dal fr. 33 riferito, che Sabino volesse, in ogni caso, esclusa la responsabilità del marito per non aver esatta la dote promessa dal suocero o da un terzo donante; perchè anche Sabino, per principio generale, riconosceva che il marito per qualunque dote, dovesse rispondere della sua colpa — fr. Sinaitici XI —; piuttosto, la differenza consisteva in ciò, che Sabino considerava come sufficienti motivi per escludere qualunque colpa: quel riguardo ai vincoli di parentela, alla causa della promessa di dote, alle condizioni economiche del suocero o del terzo donante, che avessero potuto far desistere il marito dal chiedere, di fronte alle stesse persone, l'adempimento della promessa; od anche indurlo decisamente alla accettazione.

Affermato questo, noi comprendiamo pienamente perchè Giavoleno, riferendo la contraria opinione di Labeone, nel fr. 66 § 6 cit.,

si pronunzia per la stessa, accentuando che il marito il quale ha liberato il suocero, *etiamsi id propter egestatem soceri factum esset*, risponde della dote.

Nel nostro fr. in esame i compilatori trovarono, nel responso e nella nota di Giuliano, riprodotta la stessa questione; un estraneo aveva promesso la dote al marito per causa di donazione — *dotem facere volebat* —; il giurista rispondente (Sabino?) in considerazione di questa circostanza e del motivo anche dell'accettillazione, fatta dal marito, aveva deciso che quest'ultimo nella specie, non dovesse rispondere della dote, perchè nessuna colpa gli si poteva addebitare. Giuliano, invece, con l'opinione contraria, ammetteva la responsabilità del marito, ed annotò quella decisione. L'operazione fatta dai compilatori è, anche qui, la solita; eliminati tutti i nomi sostituirono la nota alla decisione originale.

Rileggendo infatti il testo, dopo le considerazioni fatte non può restar dubbio.

Julianus notat: si acceptam non fecisset [elemento giuridico trascurato dal rispondente] et promissor solvendo esse desisset, quaereremus, an culpa mariti ea pecunia exacta non esset [elementi decisivi attratti dal rispondente, es. povertà del donante, etc.] cum vero acceptam fecit, omnimodo, periculum ad eum pertinebit:...

Un ultimo argomento, infine, si ha nello stile della nota, che è Giuliano: Si..... quaereremus an cum vero — così anche l'argomento analogico:

perinde enim est, ac si acceperit
pecuniam et eandem promissori
donaverit.

fr. 3 § 13 (24-1). Julianus.....
scribit..... perinde enim haben-
dum, atque si ego acceptam et
rem meam factam uxori meae
dedissem. (Mommsen)

* * *

fr. 7 — (41-7).

Si quis merces ex nave iactatas invenisset, num ideo usu-

capere non possit, quia non viderentur derelictae, quaeritur: | sed verius est eum pro derelicto usucapere non posse.

Il *sed*, per sè, non ha esclusivamente una funzione avversativa, come non l'hanno i corrispondenti avverbi nelle lingue moderne. Così anche il comparativo « verius » è usato, in modo assoluto, invece del positivo. Uniti insieme però, *sed verius*, la loro forza è avversativa, e presuppongono necessariamente correzione di altra opinione. Anche qui però è necessario avvertire che l'opinione contraria, che si vuole avversare, può essere solo implicitamente accennata con *quaeritur, quaesitum est*. Trattandosi però di opere come la nostra, il sospetto primo che in noi si suscita è, che l'opinione contraria sia stata eliminata¹, e il « *sed verius est* »... accenni all'opposizione che era nella nota di Giuliano. Fin qui il sospetto. Resta a consultare le fonti per vedere se era possibile, e nell'affermativa sotto quale punto di vista, concedere l'usucapio a titolo pro derelicto, a chi avesse ritrovate delle merci gettate dalla nave, nel pericolo del naufragio; ed inoltre, se tale opinione fu sostenuta dai giuristi romani. Se questa ricerca sarà fruttuosa, avremo noi un altro elemento importante, per poter affermare che ci troviamo qui di fronte ad una nota, accolta dai compilatori al posto del responso riferito da Minicio. Le cose gettate dalla nave, nel pericolo del naufragio furono ritenute dai giuristi *derelictae*, o no? Qui sta il cardine della questione.

Alcuni giuristi lo sostennero, e noi lo apprendiamo da Ulpiano 51 ad Sab. fr. 43 §11 D. 47-2. Si iactum ex nave factum alius tulerit, an furti teneatur? *Quaestio in eo est, an pro derelicto habitum sit. Et si quidem derelinquentis animo iactavit, quod plerumque credendum est, cum sciat periturum*, qui invenit suum fecit, nec furti tenetur. Si vero...:

Dunque, l'opinione che lo iactus per sè costituisse una derelizione, avea de' sostenitori. Alla stessa accede anzi Ulpiano con le

¹ Anche Buil. S. Iulianus p. 58, sospetta nel testo una mutilazione.

parole — quod plerumque credendum est — che qui ha per esemplare i Digesti di Celso. ¹

Ammissa questa interpretazione come la più comune, plerumque — le conseguenze erano legittime; il ritrovatore non tenetur furti — e veniva ad essere in condizione usucapiendi, se una usucapio fosse necessaria.

Tale opinione era, credo io, contenuta nel testo di Minicio; Giuliano l'annotò, perchè per lui era falsa l'affermazione, che lo iactus potesse ritenersi come un atto di derelizione. Fortunatamente ci è stata conservata tale motivazione nel fr. 8 D. 14-2 estratto pure dal l. II. In esso troviamo noi gli argomenti da Giuliano esposti per combattere quell'interpretazione, che doveva essere corrente ai tempi suoi, di ritenere cioè il gettito fatto nel pericolo del naufragio come una derelizione; ed a me pare anzi evidente che il fr. 8 cit. sia addirittura la motivazione della nota che qui ci occupa. Anche il Lenel, Juliani 857 — ha visto la connessione dei due fr., però io ritengo che distaccandoli i compilatori hanno eliminato solo un *nam*, e non già, come crede il Lenel [l. c. n. 3] ² che fosse stato mutato *habent* per *habere*, e soppresso il « Minicius ait. » Ciò si vedrà in seguito, per altre ragioni, è impossibile.

La nota di Giuliano, nel testo originale, era dunque così concepita:

Julianus notat: sed verius est eum pro derelicto usucapere non posse; *nam* qui levandae navis gratia res aliquas proiciunt, non hanc mentem habent, ut eas pro derelicto habeant, quippe si invenerint eas, ablaturus et, si suspicati fuerint, in quem locum eiectae sunt, requisituros: ut perinde sint, ac si quis onere pressus in viam rem abiecerit mox cum aliis reversurus, ut eandem auferret.

¹ Confr. infatti nello stesso libro 51 di Ulpiano, i fr. 25, 7, 43 § 10, D. 47-2 e poi confr. il libro XII de' Digesti di Celso — Lenel Paling. vol I, p. 143 e seg.

² Anche Mommsen ed l'Aloander ad h. l.

L'argomento analogico è Giuliano, come il perinde ac: confr., fr. 3 § 13 D. 24-1, fr. 49 D. 23-3. Il testo poi risulta meravigliosamente architettonico; le parole *non hanc mentem habent* accentuano l'opposizione all'opinione comune ai tempi di Giuliano, che insegnava dovesse sempre ritenersi quell'atto come fatto animo derelinquentis. Quest'ultima stava a base della decisione contraria contenuta nel testo di Minicio, la quale venne eliminata dai compilatori.

Per attribuire infine a Giuliano la nota surriferita, abbiamo ancora un'altra prova nel fr. 21 § 1, 2, D. 41-2 estratto da Javolenus l. VIII, ex Cassio.

§ 1. Quod ex naufragio expulsum est, usucapi non potest, quoniam non est in derelicto sed in deperdito.

Questo era probabilmente il testo genuino di Cassio, riferentesi solo alle cose strappate dalla violenza della tempesta. Giavoleno ¹ aderisce alla stessa decisione, ed ingiunge il caso del iactus.

§ 2 idem iuris esse *existimo* in his rebus, quae iactae sunt: quoniam non potest videri id pro derelicto habitum, quod salutis causa interim dimissum est. Confr. anche dalla stessa opera: fr. 58 D. 41-1.

Tale opinione del maestro ² di Giuliano, enunciata con riservatezza, *existimo*, motivata identicamente come l'abbiamo trovata nella nostra nota, getta, è facile vederlo, molta luce su quanto ho esposto ³.

¹ Su questi libri confr. Lenel Paling. vol. I, p. 277, n. 3 — Giavoleno infatti non ha in questi libri molte aggiunte, ma qua e là appariscono: confr. fr. 54 D. 35-1 — fr. 28 § 1 D. 40-7 — fr. 18 p. D. 39-3.

² Confr. fr. 5 D. 40-2.

³ Dalla mia dimostrazione risulta anche evidente che non fu il primo Ulpiano, che sostenne l'opinione che nell'atto del *iactus* dovesse vedersi l'*animus derelinquentis*; la questione anzi a suo tempo era sopita.

Una critica sostanziale della stessa in FADDA, Lezioni di diritto romano, p. 15. Confr. anche Ricci, Rivista italiana di s. g. vol. 13 p. 327.

Degli antichi confr. principalmente Vinnio, in IV libros Inst. commentarius (Venetiis 1804), vol. II ad § 48 Inst. II, 1. Per la necessità poi della usucapione per le cose derelitte, confr. Bonfante, Rivista di s. g. vol. 17 p. 135 e seg.

L'insegnamento di Giavoleno seguito dal suo discepolo, riuscì presso i giuristi posteriori vittorioso; Gaio, res cottid. lo riproduce: fr. 9 § 8 D. 41-1 = Ist II, 1 § 48. Paolo l. 34 ad ed. fr. 2 § 8 D. 14-2. Ulpiano restò indietro perchè, come si è detto, copiava ¹ qui Celso.

(*Continua*)

S. RICCOBONO.

¹ Sul modo di lavorare di Ulpiano confr. PERNICE « Sitzungsberichte der K. P. Akademie der W. zu Berlin 1885 p. 443 e seg. « Ulpian als Schriftsteller ».

VERBALE RELATIVO ALL'APERTURA DI UN TESTAMENTO

del 26 maggio 184 dopo Cristo

Nel fascicolo XI della raccolta *Aegyptische Urkunden aus den Museen zu Berlin* al n. 361 si trova un interessante processo verbale di apertura di testamento. Esso fu riprodotto con una traduzione francese dal DARESTE nella *Nouvelle Revue de droit français et étranger* 1894, pag. 583 segg.

Omettiamo le prime nove linee della seconda colonna del papiro, perchè contengono solo la fine di un atto precedente.

PAPIRO N° 361. — TESTO.

Col. II.

26 maggio 184 dopo Cr.

Ἄλλου ὁμοίως ἐξ ὑπομνηματισμῶν.

Ἀπολλωνίου στρ[ατηγού] Ἡρακλ[είδου] μερίδος κδ (παῖνι α

Ἐπὶ τοῦ ἐν τῇ Σεβαστῇ ἀγορᾷ βήματος προσ-
ελθόντος Κασίου τοῦ καὶ ἡγουμένου Ἀντινο-
έως, παρόντος Ἰσιδώρου Τιβερίνου ἀφ' ἡλι-
κος, συνόντος αὐτοῦ Λογγείνου Χαιρημο-
νιανοῦ ἀδελφοῦ ὁμομητρίου καὶ ἐγδίκου,

Φιλώτας ῥήτωρ ὅπερ Κασίου εἶπεν· Συγγε-
νὴς τοῦ ἡμετέρου μέλλων τελευτᾶν τ[ὸν]
βίον Ρωμαῖος ὢν, διαθήκην γράψας, μετ[ε-]
πέμψατο αὐτὸν καὶ ἐδεήθη αὐτοῦ τάχτην
ἔχειν πρ' ἐκυτῶ, ἐντειλάμενος, ἐπὶ τῇ τε-
λευτῇ, προκομίσαι καὶ ἀξιῶσαι λύ[εσθαι],
ἵνα τὸ βούλημα αὐτοῦ φανερὸν γέ[ν]ηται. [Τ]ε-
λευτήσαντος οὖν ἐκείνου προσῆλθεν τ[οῖς]

σφραγισταῖς, ἀξιῶν αὐτοὺς παραλύ[σιν] ¹
 ὅπως τὰ ἀκόλουθα γένηται. Ἐπεὶ δὲ [το]υτο
 οὐκ ἐποιοῦν, ἵσως κωλυόμενοι ὑπὸ τινων,
 ἀναγκαιῶς ἐνέτυχεν σοί, ἀξί[ι]ων αὐτο[δς]
 μεταπεμφθῆναι, ὑποδεικνύς ² ὅτι α[ὐτῶ]
 πρόστιμον ὤρισθη ἐπὶν διαθήκη ἄλλο[τρς]

Col. III.

μείνη, καὶ σὺ ἀκόλουθα ποιῶν μετεπέμψω αὐτοὺς. Ἐπεὶ δὲ πάρεισ[ιν]
 ἐξ αὐτῶν τέσσαρες, ἔτι δὲ καὶ ὁ νομικὸς ὁ τὴν οἰκονομίαν γράφας, [ἀξι-
 οῖ] τὴν διαθήκην ἐπιφέρων τοῦ συγγενοῦς κατὰ τὰς ἐκε[ίν]ου [ἐν]το[λὰς]
 ταύτην λυθῆναι. Εἰ δὲ τις βούλεται πρὸ τῆς λύσεως πρὸς τὴν [διαθήκην
 λ]έγειν, χώραν οὐκ ἔχει, οὐκ ἐπιστάμενος τί ἐκεῖνος ἐν αὐτῇ ἐπ[ήγγειλε].

Λόγγος ῥήτωρ ἀπεκρίνατο ³. Ὁ ἀντίδικος, δεδοικώς τὰ πρόστι[μα] [τῆς λύ-
 σεως, παρέρχεται καὶ φησιν διαθήκην εἰληφέναι παρὰ συγγεν[οῦς] αὐ]
 τοῦ, ἦν περ ἐπιφέρειν βούλεται, καὶ ὅτι [μὲ]ν συγγενῆς ἑαυτοῦ ⁴ ἐ[κεί]νος]
 οὐκ ἐστίν ἐντεῦθεν διχθεῖν αἰοῦμαι. Τελευτήσαντος δ' αὐ[τ]οῦ Τα[σέδς]
 δοῦλη τοῦ πατρὸς τοῦ ἀφήλικος, πάντα τὰ ἐν τῇ οἰκίᾳ ἐθάσ[τασεν]
 ὅπερ μαθὼν ὁ ὁμομήτριος ἀδελφὸς αὐτοῦ πρόσσε[ι]σιν ἐγδικ[άσων]
 αὐτόν· καὶ περὶ τῆς διαθήκης δὲ ἀποκρίνομαι ὅτι ἐν πάσαις τ[αῖς] δια-
 θήκαις ἐπτά εἰσιν σφραγισταί. Εἰ οὖν ἐκί ⁵ ἐν ταύτῃ ἐπτά ἐσφράγι-
 σαν, ἡκέστωσιν, καὶ τὰς σφραγίδας αὐτῶν πρότερον ἐπιγ[νώτω]-
 σαν. Εἰ δὲ ἀπὸ τῶν ἐπτά τέσσαρες ἐνθάδε εἰσὶ καὶ νομικὸς ἐπὶ βῆ-
 ματος ἔρχεται ἀξιῶν λυθῆναι τὴν διαθήκην, οὐκ ἐν ὀλίγῃ ὑπ[οψίᾳ] γείνομαι.

¹ Απολλωνιανὸς ῥήτωρ προ[σ]έθηκεν· ὅτι ὁ ἀντίδικ[ος]...

περι[ή]λησεν τὰ ἐπὶ τῆς οἰκίας, ἔαν μεταπέμψῃ Κρονοῦν θεράποντα]
 αὐτοῦ, μαρτυρήσει ὅτι ἡ Τασεὺς σύνερ[γ]ος αὐτοῦ ἐγένετο [καὶ πάν-]
 τα ἅμα αὐτῷ ὤφειλε[τ]ο· [κ]αὶ περὶ τῆς διαθήκης δὲ λ[έγ]ω ὅτι [καθ-]
 ἅπερ ὡφέ[λι]μόν ἐστιν [ἐμ]ελ[ε] αὐτὸν τὸν διαθέμεν[ον], ἐπεὶ [τὰ ἐκ-
 αστον] τῶν σφραγιστῶν ἐπιθεῖναι ἰδίαν σφραγίδα [ἐπὶ τῇ]
 [διαθήκῃ].....ησai α.....νον σφραγίσαντα οὐ μ[όνον]
 τοῦ σφραγιστοῦ ἢ σφραγῖς ἡλλάγῃ ὅστις....
ω μὴ δυνάμενος ἐνθάδε παραγενέσθ[αι]...
 ἐμέμψατο τὴν σφραγίδα αὐτοῦ, ἦν ἂν σ....

¹ παραλύσειν.

² ὑποδεικνύς.

³ ἀπεκρίνατο.

⁴ αὐτοῦ.

⁵ ἐκεῖ.

... ο ε... δ[ια]θήκην οὐκ εὐρήσεις¹ σύνφ[ω]νον, ἀλλὰ καὶ ἐτέ[ρου].
 λίου σφραγιστοῦ ἐν Ἀλεξανδρείᾳ νῦν διατρεῖδοντος ἢ σφ[ραγίς]
 [οὐκ ἐπικεῖται].

Ἡλιόδωρος ῥήτωρ ἀπεκρίνατο. Ἐπεὶ ὧν [ἡ]τίη-
 σαν Τασεῦν... δοῦ[λ]ην οὖσαν τοῦ πατρὸς τοῦ ἀφ' ἡλίκος α...

Come si vede si tratta di una discussione sorta preliminarmente all'apertura; una delle parti dice sospetto il testamento per la qualità di colui che lo presenta, e perchè dei sette *signatores* sono presenti solo quattro; probabilmente nella parte frammentaria della terza colonna doveva essere espresso anche qualche dubbio circa la verità di uno dei *signa*. Si dice anche che dopo la morte del testatore una schiava Taseus insieme con lo schiavo Kronoos hanno portato via tutto ciò che si trovava nella casa.

La mancanza della fine di questo verbale fa sì ch'esso presenti poca utilità pei giuristi: non sappiamo come la discussione si sia svolta ulteriormente e soprattutto come sia stata decisa.

Che quattro dei *signatores* fossero sufficienti, quando gli altri fossero impediti è cosa notissima (confr. Paul. IV, 6, 1; l. 6 quem. test. ap. 29, 3); ma in questo caso evidentemente si diceva che non erano sufficienti, perchè era sospetta l'assenza di alcuno degli altri. Del resto di tutta questa procedura ho detto già abbastanza a lungo in questo medesimo volume del *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano* VII, pag. 20 seg.

V. SCIALOJA.

¹ εὐρήσεις.

Capo del testamento di Manio Megonio Leone

Il 16 ottobre 1892 fu scoperta nel comune di Strongoli in contrada Pianette, là dove sorgeva l'antica Petelia, il piedistallo di una statua, che nel prospetto aveva un'iscrizione onoraria a Manio Megonio Leone, nel lato sinistro un capitolo del testamento di costui.

L'iscrizione onoraria è così concepita:

M(anio) Megonio M(anii) f(ilio) | M(anii) n(epoti) M(anii) pro(nepoti) Cor(nelia) | Leoni | aed(ili) IIII vir(o) leg(e) Cor(nelia) | q(uaestori) p(ecuniae) p(ublicae) patrono mu(nicipii) IIII vir(o) q(uin)q(uennali) | decuriones Augus | tales populusque | ex aere conlat(o) | ob merita eius

Il capitolo del testamento è di questo tenore:

Kaput ex testamento.

Rei p(ublicae) municipum meorum, si mihi statua pedestris | in foro superiore, solia lapidea, basi marmorea, ad exemplum basis, | quam mihi Augustales posuerunt, prope eam quam mihi municipes | posuerunt, posita fuerit HS(estertium) C(entum) M(ilia) n(ummum), quae eis me vivo pollicitus sum, dari volo. | Ea autem condicione HS(estertium) C(entum) M(ilia), q(uae) s(upra) s(cripta) s(unt), dari volo, ut ex usuris semisibus | eius pecuniae omnibus annis, die natalis mei, qui est X Kal(endas) April(es) | distributio fiat decurionibus epulantibus X (denariorum) CCC, deducto ex his | sumptu strationis,

reliqui inter eos qui praesentes ea hora erunt | dividantur. Item Augustalibus eadem condicione X(denarios) CL dari volo, et municipibus Petelinis utriusque sexus ex more loci X (denarios) I (singulos) om|nibus annis dari volo. Item in cena parentalicia X(denarios) L et hoc | amplius sumptum hostiae, prout locatio publica fuerit, dari volo. | A vobis, optimi municipes, peto et rogo per salutem Sacratissimi principis | Antonini Augusti Pii liberorumque eius hanc voluntatem meam et dispositionem ratam perpetuamque habeatis, totumque hoc caput testamenti mei basi statuae pedestris, quam supra a vo [bi]s¹ peti[vi] ut² mihi po|natis, inscribendum curetis, quo notius posteris quoque nostris | esse possit vel eis quoque qui munifici erga patriam suam erint ad | moniat.

Questo notevole monumento di vanità umana è stato pubblicato con un buon commento dai signori F. BARNABEI e D. VAGLIERI nelle *Notizie degli scavi* del mese di gennaio 1894 (stampato con grandissimo ritardo), donde io lo riproduco attenendomi al facsimile. A quel commento rinvio il lettore, notando qui soltanto che in questo capo, che risale alla metà del secondo secolo dopo Cristo come si argomenta dalla invocazione di Antonino Pio, noi abbiamo una nuova parte del testamento di Megonio, del quale già ci erano pervenute altre parti.³

Anche qui abbiamo un fedecommesso (non un legato, come dicono gli egregi commentatori citati), sotto condizione della erezione di una statua, lasciato allo scopo di celebrare con banchetti e distribuzioni le feste relative al testatore. Dal punto di vista giuridico notiamo la conferma per disposizione testamentaria della pro-

¹ L'iscrizione ha per errore *a vos*.

² L'iscrizione ha *petiut*, che può essere o *petivi* scritto male, o *petivi ut*, come ho trascritto più sopra. Potrebbe forse anche pensarsi a *peti[?] ut*.

³ Confr. le iscrizioni nel *C. I. L. X*, 114; *Notizie degli scavi*, 1886, pag. 172, *Ephem. Epigr.* VIII, 260; *Notizie degli scavi*, 1886, p. 172, *Ephem. Epigr.* VIII, 261.

messa fatta mediante pollicitazione; il significato lato della parola *condicio* nella frase *ea autem condicione.... ut*; la menzione della *locatio publica* per determinare l'ammontare della spesa per la vittima del sacrificio (confr. *Lex Coloniae Genetivae Juliae*, cap. 69).

V. SCIALOJA.

Le spese del processo civile romano

Discedat tristior ille
Qui vicit!

I. Le spese giudiziali¹ sono i disborsi necessari alla attitazione d'una lite. Fra questi, altri sono comuni, perchè indispensabili, a ogni lite; e sono i diritti dei funzionari e degli ufficiali giudiziari, e oggi i diritti del Fisco, esatti col Bollo e col Registro, fattore esorbitante delle spese giudiziali nella procedura moderna; altri possono, qual più qual meno, difettare in un giudizio, secondo la importanza o la natura di questo: tali le spese di rappresentanza e di difesa, e le spese istruttorie (produzione di documenti, esami, accessi, ecc.).

Or di queste varie spese, le vere e proprie imposte giudiziali, rimasero, si può dire, ignote al processo romano; nel quale questa assenza era compensata da una maggior larghezza ne' diritti dell'ufficio giudicante; ma così questi diritti, come le altre spese

¹ *Impensae, expensae, sumptus, impendia, dispendia*: con tale varietà designano le fonti romane le spese, anche in tema di giudizio, a differenza degli altri diritti che fanno uso d'un appellativo più costante (*δαπάνηματα*, spese, *frais, dépens, Processkosten, Aufwand*). Sarebbe inesatto affermare col Maynz (C. I. 4. § 32) che le fonti usino questi termini *indistintamente*: non ricorre certo qui la distinzione notata dallo stesso autore fra *impensae* ed *expensae*, secondo la quale quelle sarebbero spese fatte sulla cosa in modo da diventar parte della cosa stessa (Temmen, De lit. exp. II. 18 segg.) queste spese fatte in occasione della cosa, in modo da non profittare materialmente a questa. Secondo tal distinzione, le spese giudiziali dovrebbero dirsi *expensae* mentre una serie di fonti ha *impensae*.

Noteremo piuttosto che *expensae* è termine preferito dalle costituzioni imperiali, mentre *impensae* è proprio dello stile dei giuristi classici.

giudiziali tardarono dei secoli prima di venir diventando una conseguenza del processo: non solo, ma già esse erano un fatto abituale della pratica, che ancor la legge rimaneva ad esse estranea, oppure ostile; e solo a poco a poco, man mano che la consuetudine s'imponeva alle prevenzioni contrarie e tradizionali del legislatore, le veniva accettando.

Quanto ai tempi antichi, data la grande semplicità del diritto, della procedura, dei costumi e dei rapporti commerciali, non è meraviglia se manchi ogni benchè minimo accenno a spese di giudizio. La giustizia amministrata direttamente dalla suprema autorità dello Stato, con forme primitive, senza burocrazia: il non intervento d'ufficiali giudiziari nella traduzione del convenuto in giudizio: il campo delle questioni di diritto limitatissimo, e la soluzione, mediante il rigoroso formalismo, quasi automatica: il cerchio assai ristretto dell'attività commerciale dei cittadini e del territorio entro cui avvenivano le contestazioni e le prove: l'obbligo della comparizione personale e il divieto di farsi rappresentare in causa, spiegano l'inesistenza di vere e proprie spese di lite nel periodo delle *legis actiones* e anche nei primi tempi del formulare.

II. Abbiamo accennato al divieto della rappresentanza in giudizio.² Infatti le parti comparivano di persona dinanzi al giudice, e solo erano per lo più assistite da *patroni* o *advocati* (perchè chiamati, dice Gellio, dai clienti), l'istituzione de' quali si fa risalire a Romolo. Ma l'assistenza appunto e non la rappresentanza era l'ufficio del patrono: ufficio affatto onorifico, che prestavasi gratuitamente, e senza speciali studi o preparazione, dal patrizio al plebeo suo protetto, dal parente al parente, dall'amico all'amico.³

² Gajo IV. 82. — *Cum olim, quo tempore legis actiones in usu essent, alterius nomine agere non liceret.* — Vedi però, sulla *cognitura in iudicio* già nel periodo delle *legis actiones* Eisele, *Cogn. u. Proc.* — V. anche Padelletti Cogliolo, *Storia*, XXIV. d.

³ Cic. in *Verr.* II. 45. Con una numerosa *advocatio* comparve Virginia dinanzi ai Decemviri. Livio III. 44. 47. — Bethmann-Hollweg. *R. C. P. L.* § 35 p. 112. § 51 p. 186.

Più tardi l'ufficio d'avvocato cominciò a restringersi a una determinata classe di cittadini. Pur rimanendo un pubblico onore per sua natura gratuito, diventò palestra e avviamento alle cariche della repubblica pei giovani nobili e desiderosi d'eccellere. ⁴

Ma poi, man mano, lo scopo del patronato si andò cambiando: e alla semplice assistenza della parte presente in causa cominciò ad aggiungersi la rappresentanza della parte assente. Fu questa la prima necessaria conseguenza della civiltà e del diritto progrediti.

Cresciuta la produzione legislativa, moltiplicatisi i commerci, quindi le relazioni, gli scambi, le contestazioni, le strettoie del vecchio formalismo s'allentarono nelle formule mediante l'azione del pretore. Estesi i domini di Roma, cominciarono i cittadini a emigrare e ad assentarsi, e cominciarono a trarre all'Urbe i forestieri. Sempre più difficile diventava alla parte comparire personalmente in causa e condurre la lite da sè: tanto perchè la procedura e il diritto non erano più cosa accessibile a tutti, quanto perchè le necessità dei commerci spesso chiamavano altrove l'interessato.

Di qui l'istituto del *cognitor* e del *procurator*. ⁵

III. Diventato così il legale un vero e proprio mandatario, da protettore od amico qual'era l'antico patrono, l'opera ch'egli prestava dovea per natural conseguenza, cessare d'esser gratuita. Il *cognitor* e il *procurator*, assumendo nell'interesse della parte la sua rappresentanza in giudizio, avevano omai delicate funzioni da compiere, come la prestazione delle cauzioni per parte del *procurator*, e doveano esser forniti d'una certa preparazione e d'una certa special pratica della procedura e del diritto: erano in altre parole dei professionisti. Nessuna meraviglia pertanto se negli ul-

⁴ Bethmann-Hollweg, R. C. P. § 51 p. 185.

⁵ Sulle differenze V. Fragn. Vat. § 317 — Gajo IV. 83. 81 — Eisele, Cogn. u. Proc. II. § 15.

timi tempi della repubblica troviamo l'opera loro compensata dalle parti.

Con mercede Fannio Cherea è corrisposto, secondo Cicerone,⁶ da Roscio, il quale in una sua lite l'avea nominato *cognitor*. E Cicerone accenna anche alla cifra, probabilmente esagerandola, di 50,000 sesterzi, che Fannio avrebbe esatto « *pro opera, pro labore, quod cognitor fuisset, quod vadimonia obisset.* »

L'antico patronato non era tuttavia venuto meno, ma si mantenne a lungo come un ufficio distinto dai nuovi istituti del *cognitor* e del *procurator*, avendo questo di comune coi medesimi d'essersi circoscritto a pochi cittadini, i quali con lunga scuola e con lunghi studi, s'addestravano a perorare le cause. Che a questo punto anche l'*orator* venisse nella pratica remunerato dalla parte è cosa certa. Ce ne fanno fede le leggi stesse dirette a reprimere quest'uso.

Già la legge Cincia (a. 550 di R.) pronunciava questo rigoroso divieto « *ne quis ob causam orandam pecuniam donumve accipiat.* »⁷ Qual fosse poi la ragione vera di questa avversione del legislatore, è questione che meriterebbe una più seria indagine. Certo la memoria delle origini dell'ufficio del patrono, dovette influire su questa repugnanza a vederlo prezzolato: repugnanza che non era propria solo della legge, ma ancora nei primi tempi dell'impero era nello spirito del popolo.⁸ Inutilmente, del resto; poichè il divieto della legge Cincia, rinnovato sotto Augusto con la sanzione di maggiori penali,⁹ prova l'impotenza della legge contro l'uso invadente.

⁶ Cic. Pro Quinto Roscio Comoedo — Cfr. Bethmann-Hollweg R. C. P. II, app. 2. — Rovers: Commentatio juridica in M. T. Orat. pro Q. Roscio Com. — Erman, La restit. des frais, etc., p. 1.

⁷ Tac. Ann. XI. 5 — Tenmen, De lit. exp. I. 6.

⁸ « Turpe reos empta miseros defendere lingua
Quod faciat magnas turpe tribunal opes. »

Ovid. Amor. I. 10. 39.

⁹ Dio. Cass. LIV. 18.

Questo divieto d'onorari fatto all'avvocato, noi non crediamo colpisse anche la mercede del *cognitor*, della quale troppo liberamente parla Cicerone nell'orazione ricordata, e che non costituiva, del resto, il compenso d'una prestazione d'opera altrettanto nobile e per tradizioni onorifica quanto quella del patrono.

L'impero di Claudio segna la vittoria dell'uso contro la legge riluttanté. Claudio riconosce pel primo l'onorario degli avvocati come lecito e ne stabilisce il massimo (*modus*) a 10,000 sesterzi « *quem egressi repetundarum tenerentur* »¹⁰; e così l'avvocatura è riconosciuta ufficialmente come una professione produttiva di leciti guadagni, possibile obbietto di disposizioni di legge regolatrici¹¹.

Nerone va più lontano: non solo permette di pattuire un onorario, ma crea l'obbligo del cliente di pagarlo, anche se non convenuto: « *Ut litigatores pro patrociniis certam justamque mercedem, pro subsellis nullam omnino darent* »¹².

La distinzione fra gli uffici di *cognitor* e di *patrono* venne man mano scomparendo, e *patronus*, *advocatus*, *procurator*, *defensor* significano nel periodo delle *cognitiones* su per giù la stessa cosa. Poichè, quantunque la rappresentanza in causa rimanesse sempre diversa dall'assistenza e dalla difesa, quella s'affidava per lo più all'avvocato stesso che dovea trattar la causa¹³.

*Advocatos accipere debemus omnes omnino, qui causis agendis quoquo studio operantur: non tamen qui pro tractatu, non adfuturi causis, accipere quid solent, advocatorum numero erunt*¹⁴.

Si liquidavano gli onorari « *pro modo litis proque advocati*

¹⁰ Tac. Ann. XI. 7: A questi onorari accenna probabilmente Labeone, l. 19, l. D. 39. 5. Cfr. Erman, La rest. d. frais, p. 2.

¹¹ Bethmann-Hollweg R. C. P. II. § 89 p. 205.

¹² Svet. Nero. 17. Non so pertanto donde la C. d'App. di Perugia abbia tratta la notizia che gli avvocati romani non aveano « un vero credito per le difese, ma riceveano solo i compensi spontaneamente loro offerti » 30 Nov. 1893, Foro it. 1894. 567.

¹³ Bethmann-Hollweg R. C. P. III. § 143 in fine.

¹⁴ l. 11. D. 50. 13.

*facundia et fori consuetudine et iudicii, in quo erat acturus... dummodo licitum honorarium quantitas non egrediatur*¹⁵... *licita autem quantitas intellegitur pro singulis causis usque ad centum aureos* »¹⁶. Probabilmente gli avvocati romani eccedevano volentieri questo massimo; e contro questo abuso il legislatore giunge a comminare perfino l'interdizione dall'ufficio¹⁷: simile pena tende a reprimere il patto della *quota litis*, considerato come immorale¹⁸.

IV. Diocleziano nel suo *Edictum de pretiis*¹⁹ stabilisce all'avvocato « *sive jurisperito* » un compenso di 250 denari, *in postulatione*, di 1000 denari, *in cognitione*: ciò che vuol dire (scegliendo fra i disparati ragguagli monetari in disputa fra gli scrittori, i più larghi) circa 8 lire e 32 lire.

L'iscrizione di Timghâd²⁰ è ancor più rigorosa: poichè lo *scolasticus* vi riceve:

« <i>in postulatione</i> »	5 modii ($\frac{1}{3}$ sol.)
« <i>in contradictione</i> »	10 modii ($\frac{2}{3}$ sol.)
« <i>in urgenti qui (quae?) finienda sit</i> »	15 modii (1 sol.)

Certo, questi legali che ricevono un compenso così meschino e fisso, senza riguardo al valore della causa o al loro studio, sono altra cosa dagli avvocati di cui nella legge d'Ulpiano²¹. Forse

¹⁵ 1. 10. D. 50. 13, d'Ulpiano.

¹⁶ Cioè 10,000 sesterzii, come Claudio avea stabilito: circa 2000 lire.

¹⁷ 5 C. 2. 6. *Compendia immensa atque illicita. Circa le questioni su questo maximum degli onorarii e la sua eccedibilità in materie criminali o singolari.* V. Temmen. De lit. exp. III. 2. § 13 segg.

La rapacità degli avvocati è lamentata anche dagli imperatori Valentiniano I, Valente e Graziano: *Avarior instruitur advocatus* (5 C. Th. 1. 29). Marziale invece, ch'era stato un tempo curiale, lamentava la grettezza del cliente:

« *Litigat et podagra Diadorus, Flacce, laborat,
Sed nil patrono porrigit, haec chiragra est.* »

Epirg. I. 98.

¹⁸ 53 D. 2. 14 — 15 C. 2. 12.

¹⁹ Mommsen. Das Ed. Diocl. Leipzig, Cap. VII. 72. 73.

²⁰ Scoperta nel 1882 e appartenente agli anni 361-362 — Mommsen, *Ephemeris V.* 632 segg. — Bruns, *Font. Ed. VI.* 257 segg. — Merkel, *Abhandl. h. III.* p. 132 — Pernice, *Zeitschr. d. S. S. VII.* 2.

²¹ Merkel, *Abhandl. III.* p. 138.

queste tariffe remunerano la sola rappresentanza della parte in causa ²².

V. Poco dissimile, nelle sue linee fondamentali, è la storia dei diritti (*commoda, sportulae*) degli ufficiali giudiziari, *scribae exceptores, adjutores* (scrivani, cancellieri) *apparitores, viatores exsecutores, intercessores* (uscieri) e talora del giudice.

Possiam dire che fino al 4° secolo di Cristo non abbiamo notizie positive di sportule giudiziali. Che anche anteriormente siano esistite nella pratica è lecito supporre, non tanto argomentandolo dalle notizie, anch'esse monche ed incerte, sulle sportule extragiudiziali ²³, quanto perchè è naturale che le parti, interessate alla prontezza e precisione del servizio, abbiano sempre più o meno regalato gli ufficiali giudiziari; regali o compensi che, a poco a poco, in forza del lungo uso, vennero acquistando il carattere di obbligatori.

Costantino ²⁴ ingiunge ai presidi che le sedute siano pubbliche, acciò che le parti non debbano pagar l'ingresso per penetrare al loro cospetto: e mentre ²⁵ si lagna della venalità e delle immoderatezze del personale, ci enumera quali sportule si pagavano (al *judex*, al *princeps officii*, agli *adjutores*, ai *centuriones aliquae officiales*, a coloro *qui iurgantibus acta restituunt*) e per quali atti (*in ingressu litis, in inducendo, in restitutione actorum*), senza accenno però di somme alcuno.

²² Similmente nei diritti moderni.

²³ V. Merkel, op. cit. p. 126, 127. Il passo di Cicerone. In Verrem III. 78, non ci sembra troppo sicuro argomento. Vi si rimprovera Verre d'aver regalato ai suoi scribi il 4 per cento sulla vendita del frumento. Ma a noi sembra che Cicerone tenda ad insinuare, riferendosi alla nota onestà degli scribi, che non questi, ma Verre stesso avesse intascata la percentuale.

Che i giudici fossero soliti chiedere e ricevere dalle parti, ce lo dice Marziale (II, 13):

« Et judex petit et petit patronus,
Solvat, censeo, Sexte, creditori ».

E lo stesso divieto fatto da Nerone (secondo il già citato passo di Svetonio) « *ut litigatores pro..... subsellis nullam omnino mercedem darent* » n'è argomento anche più eloquente.

²⁴ 6 C. Th. 1. 16 a. 331 — Cfr. anche S. Agostino (Migne 152 § 24).

²⁵ 7 C. Th. 1. 16 a. 331.

Simili lamenti ripetono gl'imperatori Valentiniano I, Valente e Graziano ²⁶.

Al Codice Teodosiano non sono dunque ignote le sportule ²⁷, benchè vi appaiano tuttora in balia dell'uso.

Ma una prima tariffa è nella già ricordata iscrizione di Timghâd ²⁸:

Il *princeps* riceve *ad officialem dandum*:

1° Dentro la città: 5 *modii* ($\frac{1}{3}$ di sol.)

2° Per ogni 10 miglia fuori: 2 in più.

3° Oltremare: 100 ($6 \frac{2}{3}$ sol.).

Il *cornicularius* e il *commentariensis*, negli stessi casi, la metà.

L'*officialis* poi, ch'è mandato, riceve: Entro la città: 2 *modii*. E a questo punto l'iscrizione è finita: rimanendo dubbio e discusso se sia o no completa.

Gli *exceptores*:

1° Per la *postulatio simplex*: 5 ($\frac{1}{3}$ sol.)

2° Per la *contradictio*: 12 ($\frac{1}{3}$ sol.)

3° In *definita causa*: 20 ($1 \frac{1}{3}$ sol.).

Questi vari atti pei quali gli *exceptores* (cancellieri) ricevono sportule, sono evidentemente: il verbale della domanda dell'attore, il verbale della risposta del convenuto, nonchè delle repliche e controrepliche, e l'estensione della sentenza ²⁹.

Infine il *libellensis* percepisce 2 *modii* « *in libello uno* ». Il *libellensis* stendeva l'atto citatorio: Diocleziano, nel citato editto *de pretiis*, gli avea assegnato un compenso per ogni cento righe di scrittura ³⁰. Qui riceve invece un tanto fisso per ogni libello.

²⁶ 5 C. Th. 1. 29 a. 370.

²⁷ Merkel op. cit. p. 131 — Bethmann Hollweg R. C. P. III. 200.

²⁸ V. soprattutto Merkel, op. cit. 132. Il *modius* di quest'epoca valeva secondo Pernice $\frac{1}{15}$ di soldo « *tritici modios aut pretium frumenti*. »

²⁹ Il. 1. 2 D. 3. 1 — Cfr. 4. 8 D. 39. 2. La domanda doveasi depositare scritta presso il giudice. Cfr. 8. 4. C. 12. 21.

³⁰ C. VII. 41.

Il Codice giustiniano contiene un'ampia legislazione sulle sportule, benchè affatto speciale, riguardando quelle dovute da certe classi privilegiate, piuttosto che le ordinarie.

Variavano queste sportule secondo i tribunali e i procedimenti; essendo di regola, ne' giudizi in provincia, minori di circa la metà che nella capitale: e negli arbitrali minori ancora.

All'*exceptor*, *pro simplicibus postulatione deponenda*: 2 soldi³¹.

All'*exsecutor*, per la citazione (*commonitio*, *conventio*) da $\frac{1}{3}$ di soldo a 4 soldi³². La citazione fatta altrimenti che per iscritto era però gratuita³³. È interessante che questa sportula si paga all'*exsecutor* non dall'attore, ma dal convenuto³⁴.

Per la contestazione della lite e l'apertura del giudizio « *inducendorum nomine* » « *pro inducenda cognitione* » « *inducendi negotii gratia* » « *pro ingresso in iudicio* » da 1 a 4 soldi³⁵, che non è ben chiaro a profitto di chi andassero, forse ancora degli *exceptores*³⁶.

Per la compilazione degli atti del processo, come per la lettura d'istrumenti (*chartarum vel recitandorum in cognitionibus instrumentorum*) e della sentenza (*pro definitione recitanda*) da $\frac{1}{4}$ di soldo a 2 soldi all'*exceptor*³⁷. Se la costituzione di procuratore in giudizio quando avea luogo, fosse causa di particolari spese, non ci sembra ben chiarito. Il Merkel³⁸ ritiene che le spor-

³¹ Cfr. Merkel, p. 115 segg. — Bethmann-Hollweg III. § 148 — 8. 4 C. 12. 21 — 6 pr. C. 12. 20 — 2 C. 12. 10 — Sull'*exceptor* V. Bethmann-Hollweg III. § 142 passim — Temmen III. 1. 56.

³² 4. 2 C. 12. 25 — 8. 3 C. 12. 21 — 12. 1 C. 12. 19 — 18. 2 C. 12. 35 — 6. 3 C. 12. 60 — 8. 4 C. 10. 11 — Vedi nota antec.

³³ 12. 3 C. 12. 19.

³⁴ 8. 3 C. 12. 21 — 25. 2 C. 1. 3 — 21 Ist. 1. 6.

³⁵ 3. 1 a C. 12. 29 — 4. 2 C. 12. 25 — 3. 2 C. 12. 29 — 12. 1 C. 12. 19 — 6 p. C. 12. 20 — 2 C. 12. 10 — 6. 3 C. 12. 20.

³⁶ « *Pro ipso quod implere videntur ministerio* » (12. 1 C. 12. 19). Alcuni vogliono agli *ostiarii*, cfr. Glossa ad. 1. 12 C. 12. 19. Non certo però al giudice, come la stessa vorrebbe.

³⁷ 4. 2 C. 12. 25 — 3. 2 C. 12. 29 — 8. 8 C. 12. 21 — 12. 1 C. 12. 19 — 8. 5 C. 12. 21 — 3. 2 C. 12. 29 — 6. p. 3 C. 12. 20.

³⁸ Op. cit. p. 148. n. 110.

tule, per quest'atto rientrassero in quelle della citazione o della *editio gestorum*: ma a noi sembra per lo meno questionabile se gli *executores* o la *schola palatinorum* percepissero o no doppie sportule, quando oltre la *conventio* avea luogo la costituzione di procuratore³⁹.

Ogni qualvolta, per le cause di minor conto potea farsi a meno di scritti, le sportule si riducevano a ben poco⁴⁰.

Parte delle sportule enumerate erano pagate⁴¹ agli *arbitri*, infimo grado di giurisdizione. Facevasi così eccezione alla norma, sempre vigente, che il giudice non potesse ricever mercede dalla parte: divieto che avea per sanzione la nullità della sentenza che risultasse venale⁴².

Classi privilegiate erano i *ministeriani et castrensiani*, gli *agentes in rebus*, gli *scriniorum proximi*, gli *scholares*. E ciascuna era diversamente favorita. Che poi questa diversità avesse una causa puramente cronologica, come vorrebbe il Merkel, o piuttosto, come a noi parrebbe (vista la coesistenza dei diversi privilegi nel Codice), dipendesse da un diverso grado di favore voluto accordare alle varie classi, è questione di difficile soluzione; poichè ad entrambe l'ipotesi è d'ostacolo il fatto, che la varietà de' privilegi procede con diversa proporzione ne' giudizi superiori e negli arbitrali⁴³.

³⁹ « *Non amplius quatuor nummis tam pro conventione quam pro constituendo procuratore* » (8.4 C. 10. 11) — « *solidos duos tantummodo deni pro commonitione sua et pro institutione procuratoris* (25.2 C. 1.3). Ci fa preferire l'opinione contraria al Merkel anche la legge 27.2 C. 2. 12 ch'egli trascura: « *sancit constitutio ne procurator qui apud arbitrum causam agere coepit, eandem apud clarissimum praesidem terminet, sed traslatio ab ipso in procuratorem qui praesidi adsidet fiat, nullo sumptu pro hac translatione quasi pro datione procuratoris faciendo* ».

⁴⁰ 3.5 C. 12. 29 — Cfr. 32.5 C. 1. 3.

⁴¹ 12 C. 12. 19.

⁴² 7 C. 7. 64 — Cfr. 3 C. 9. 27 — Nov. 17, 3. Come all'*arbiter*, così al *praefectus annonae* e agli *architecti*, giudici in materie speciali, sono pagate sportule (2.1 C. 12. 19).

⁴³ Vedasi da questo specchio:

Classi privilegiate	Giudici superiori	Arbitri
Scholares	soldi 3	2
Castrens. et minist.	» 6	5.6
Scrinior. proc.	» 3 1/2	1 1/3
Agentes in reb.	» 6	2

Giustino aggiunse a questi privilegiati i *fisci advocati*, Giustiniano vi aggiunse gli ecclesiastici⁴⁴. Permise sportule ai giudici pedanei, come già erano permesse agli arbitri, entrambi giudici delegati⁴⁵. I *pedanei* percepivano 2 soldi in principio, 2 in fin di lite da entrambe le parti: escluse però le liti di valore inferiore ai 100 aurei⁴⁶.

Una totale esenzione dalle spese è accordata ai poveri: *tenuiores*⁴⁷.

Come già accennammo, queste disposizioni speciali o frazionarie presuppongono delle tariffe comuni. A queste infatti si accenna in più luoghi del Codice e delle Novelle⁴⁸. Perchè non vi si trovano esse? Probabilmente Giustiniano abolì quelle a lui preesistenti, sostituendole con una sua costituzione, che andò perduta⁴⁹.

Di queste sportule comuni noi dunque poco sappiamo. Sappiamo però ch'esse erano proporzionate al valore della causa: è detto esplicitamente dalla 5 C. 3. 2 « *pro quantitate libello conventionis inserta* » ed esemplificando, mezzo soldo fino a 100 soldi. Qual fosse la proporzione sopra 100 soldi non sappiamo di positivo: solo da un calcolo di Teofilo (ad Ist. 24. IV. 6) possiamo dedurre che per 1000 soldi la sportula fosse di sei soldi e mezzo⁵⁰.

Del resto queste tariffe erano probabilmente poco rispettate nella pratica, e ce ne fa fede il divieto costantemente ripetuto di trascendere il massimo concesso dalla legge, e le pene minacciate ai trasgressori dalla costituzione che non possediamo⁵¹, nonchè

⁴⁴ 26. 6 C. 2. 7 — 29. 7 C. 1. 4.

⁴⁵ Nov. 82. 9.

⁴⁶ Similmente prima di Giustiniano cfr. nota 41. L'esenzione non comprendeva però le sportule degli *executores*. Cfr. 5 C. 3. 2.

⁴⁷ Nov. 17. 3.

⁴⁸ 25. 3 C. 1. 3 — 12. 1 C. 12. 19 — 18. 2 C. 12. 35 — 29. 8 C. 1. 4.

⁴⁹ Questa costituzione, a cui si riferiscono espressamente la l. 29. 8 C. 1. 4 e § 25 Ist. 4. 6, nonchè le novelle 17. 3 — 53. 3—82. 7 p. — 86. 9—124. 3, dovea, secondo appare da questi testi medesimi, riguardare principalmente le sportule degli *executores*.

⁵⁰ Merkel, p. 159. Vedi però la nota del Reitz a Teofilo, *ivi*.

⁵¹ Nov. 82, 7. Tali pene son forse le stesse ripetute nella Nov. 124. — Cfr. anche 5. C. Th. 1. 29.

l'*actio in quadruplum* data ai convenuti contro gli esecutori che esigessero più del lecito: ce ne fa fede più che altro il disperato rimedio di far giurare al litigante, sull'inizio della causa, di nulla aver promesso o voler dare a chicchessia *pro hac causa*, eccetto quanto la legge avesse permesso ⁵².

VI. Nel processo romano, quando per la sua levità non era puramente verbale, una spesa non del tutto trascurabile era la carta, per la compilazione dei verbali e delle sentenze. Nel periodo imperiale Roma abbondò di magazzini di papiro, benchè Plinio ricordi una carestia di carta sotto Tiberio. A ogni modo questa materia dovette esser sempre assai più costosa che presso di noi, i quali, se il bollo non rendesse anche troppo care le nostre carte processuali, non ci daremmo cura certo di ripetere dal soccombente il costo dei fogli da noi scritti ⁵³. Nelle provincie poi, il prezzo della carta dovette essere anche maggiore. Onde non è meraviglia se fra le spese del processo romano troviamo ricordata anche questa, che noi volentieri trascuriamo. Così, secondo la più volte ricordata iscrizione di Timghâd, il litigante doveva appunto fare un deposito di carta, minore o maggiore secondo l'atto cui era destinata:

1° *In postulatione simplici: Singuli tumi majores;*

2° *Per le contradictiones: 4 majores;*

3° *Per la sentenza: 6* ⁵⁴.

E se il processo era complicato, e molti gli atti di cui prender nota, e lunga la sentenza, il costo di questa materia prima potea salire anche ad una cifra relativamente ragguardevole.

VII. L'istruttoria del giudizio era naturalmente un vasto campo di spese. Abbiamo veduto accennate le sportule per la pro-

⁵² Nov. 121.

⁵³ V. Marquardt, VII. p. 822. Stazio valuta un rotolo di papiro da lui scritto a 10 assi, cioè circa 70 centesimi.

⁵⁴ Per le varie dimensioni dei papiri V. Marquardt, VII. p. 808 segg.

duzione e lettura di documenti⁵⁵. Ma anche gli altri atti istruttori, la verificaione di scritture⁵⁶, la prestazione di giuramenti⁵⁷, gli accessi e simili, erano cagione di spese varie, sia per la compilazione dei verbali, come pei viatici de' funzionari. Accenneremo più particolarmente alle spese degli esami testimoniali: ai testi dovevansi anticipare (*venturis*) le spese necessarie (*sumptus competentes*) dalla parte che li citava⁵⁸. Queste spese *competenti* comprendevano in primo luogo le spese di viaggio (*ad faciendi itineris expeditionem*)⁵⁹ *cum id iustitia ipsa persuadeat*: ma senza alcun dubbio anche le spese di mantenimento, da tassarsi secondo l'età, la salute, la qualità della persona⁶⁰.

VIII. Il giudice liquidava le spese in base al giuramento della parte vincitrice che le avea sostenute⁶¹. Forse questo giuramento dapprima non serviva che di norma al giudice per la tassazione. La Novella 82, 10 invece tolse al giudice la libertà, forse abusata, di non attenersi nella liquidazione al giuramento prestato dalla parte: « *Non habere licentiam iudicem minus quam juratum est condemnare* ».

IX. Quale la ragione di questo giuramento, mentre la legge, abbastanza dettagliata nel definire le spese giudiziali, dovea esser pel giudice il primo e più sicuro criterio di liquidazione? Forsechè si ammettevano in questa anche le spese così dette stragiudiziali, e su queste principalmente, perchè variabili e incerte, dovea versare il giuramento della parte? Non lo crediamo. Le spese stragiudiziali, ad esempio i *viatica* della parte⁶², erano, secondo noi, comprese nei danni che la parte potea farsi risarcire dal soccombente nel solo caso

⁵⁵ Nota 37.

⁵⁶ Bethmann-Hollweg, III. § 155.

⁵⁷ Bethmann-Hollweg, III. ivi — Cod. 4.1 — Keller-Wach, R. C. P. § 66.

⁵⁸ 11 C. 4. 20.

⁵⁹ 6. 2 C. 7. 62.

⁶⁰ Bocerius, Disp. II De lit. exp. § 9 — Zoesius, In Inst. ad. 4.16 — Heidemann, De error. pragmatic. in doct. de comp. expens. lit. § 9 segg.

⁶¹ 13. 6 C. 3. 1 — 15 C. 3. 1.

⁶² 79 D. 5. 1 — 3. 1 C. 9. 1.

di lite temeraria ⁶³: sul che non ci fermiamo, facendone obbietto di altro studio più diffuso. Il giuramento ben potea prestarsi sull'entità delle spese giudiziali — *legitimae* — la quale non sempre (ad esempio negli onorari d'avvocato, e nell'indennità ai testi) potea stabilirsi altrimenti. Le spese stragiudiziali — allora come oggi — restavano nella maggior parte dei casi sulle spalle del vincitore: poichè la vittoria in giudizio è sempre stata or più or meno una vittoria di Pirro.

GIUSEPPE CHIOVENDA.

⁶³ 79 D. 5. 1 — C. Th. 4. 18 — 32. 8 C. 1. 3 — 5 C. 7. 51 — Ist. 4. 16

Giovanni Battista De Rossi.

Quidquid ex eo amavimus, quidquid mirati sumus, manet.
Tac. Agr. 46.

Scrivere degnamente di G. B. De Rossi, la cui perdita immensa forma il lutto del mondo scientifico è cosa difficile, tanto è vasto il campo in cui si svolse la grande opera sua; accettai però il gentile invito fattomi dal ch. nostro segretario di dettarne un cenno necrologico per questo *Bullettino*, solo per rendere ancora una volta, un tributo, per quanto modestissimo, di affetto all'uomo insigne che ebbi la somma ventura di conoscere e di avvicinare sovente in quest'ultimo decennio e che mi dimostrò sempre una bontà e una benevolenza delle quali mi sento altamente onorato.

G. B. De Rossi nacque in Roma il 23 febbraio 1822, in quel palazzo ove risiede oggi il Ministero della pubblica istruzione, dal cav. Camillo Luigi De Rossi e dalla consorte sua Marianna dei marchesi Bruti. Ebbe egli fino dai suoi primi anni grande amore agli studi classici e giovane ancora conseguì, nella patria università, la laurea *ad honorem* in giurisprudenza; ma la sua vocazione lo portava allo studio di quelle antichità cristiane che, prima di lui, per usare una frase del Mommsen, erano state un semplice passatempo da dilettanti e che solo, mediante le opere e le scoperte sue nelle catacombe romane, divennero una scienza nella vera espressione del termine. Queste opere e queste scoperte, delle quali non è qui il luogo di parlare, avendone già trattato diffusamente i dotti italiani e stranieri che, in queste ultime set-

timane, dettarono bellissime ed affettuose biografie del De Rossi,¹ gli acquistarono ben presto fama ed onori dai Pontefici Pio IX e Leone XIII, dai principi e dagli istituti scientifici di ogni paese e tutti hanno nella memoria i festeggiamenti solenni coi quali, nel 1882 e nel 1892, il De Rossi celebrò il sessagesimo e il settagesimo anniversario della sua nascita. Molti furono anche gli uffici da lui occupati, ma noi ricorderemo soltanto che egli fu scrittore della Biblioteca Vaticana, prefetto del Museo Cristiano, e, nominato dal ministro Baccelli, vice presidente della Giunta Superiore di Archeologia, perchè questi tre uffici dimostrano che se il De Rossi fu devotissimo alla Santa Sede, non si dimostrò alieno dall'accettare onorevoli incarichi dal governo italiano, quando stimava che l'opera sua potesse giovare agli studi archeologici.

Egli peraltro non fu soltanto il fondatore dell'archeologia cristiana, ma altresì un conoscitore profondo dell'antichità profana, come attestano moltissime delle sue pubblicazioni, delle quali passeremo brevemente in rassegna quelle che più si attengono al diritto romano.

Ricordiamo, prima fra tutte, la interessantissima dissertazione, pubblicata nel suo « *Bullettino di Archeologia Cristiana* » del 1864, pag. 25 e seg., relativa ad un testamento inciso in marmo sopra un sepolcro romano di Langres scoperto dal Kiessling in una pergamena della biblioteca di Basilea. Quell'insigne documento guidò il De Rossi a dimostrare che, secondo il diritto romano,

¹ Fra coloro che dettarono biografie del De Rossi ricordiamo, per ordine di data, in Italia: E. STEVENSON nella *Voce della Verità* del 21 settembre 1894; G. MARCHETTI nel *Popolo Romano* del 23 settembre 1894; G. TOMASSETTI nel *Fanfulla della Domenica* del 30 settembre 1894; O. MARUCCI nella *Nuova Antologia* del 1° ottobre 1894; F. ERMINI nella *Roma Letteraria* del 15 ottobre 1894; in Francia: S. BERGER nel *Temoignage* del 29 settembre 1894; L. DUCHESNE nel *Bulletin Critique* del 1° ottobre, nella *Revue catholique de Bordeaux* del 10 ottobre e nella *Revue de Paris* del 15 ottobre 1894; P. ALLARD nel *Correspondant* del 10 ottobre 1894; A. GREFFROY nei *Mélanges d'archéologie et d'Histoire de l'École française de Rome*, ottobre 1894; Mgr. ROBERT vescovo di Marsiglia (pubblicazione a parte) Marseille 1894; in Germania: T. MOMMSEN nella *Nation* del 13 ottobre 1894; in Russia: DAROWSKI, nel giornale slavo di Varsavia del 25 settembre 1894; nel Belgio: A. DELVIGNE nella *Revue Générale* del 1° novembre 1894.

i Cristiani poterono istituire, a nome privato, per testamento, donazioni ed altri atti legittimi, sepolcreti ed assicurarsene il perpetuo possesso; dipoi, ciò fecero anche a nome della Chiesa e gli imperatori. lasciando in vigore le leggi contro il cristianesimo, tollerarono, riconobbero e talvolta tutelarono i cimiteri di tutta la società dei fedeli, poichè i privilegi concessi per senatoconsulto e confermati da Settimio Severo in favore dei collegi funeratici, favorirono anche i cristiani nel loro bisogno di avere cimiteri comuni e la Chiesa, in quanto assumeva la forma di un collegio funeraticio, se da alcun speciale editto non era perseguitata, poteva essere e fu legale posseditrice dei suoi sepolcreti. Argomento questo, come ognun vede, importantissimo, che riguarda un punto capitalissimo delle relazioni fra la Chiesa cristiana e lo Stato Romano sul quale il De Rossi tornò a scrivere nel suo *Bullettino* del 1865, pag. 89 e seg., ove tratta della legalità della religione cristiana nel primo secolo e che poi svolse ampiamente nelle nozioni generali premesse al tomo primo della *Roma sotterranea* e nel tomo terzo, p. 507 e seg. della stessa opera, ove ragiona a lungo dell'amministrazione dei cimiteri sotterranei e sopra terra, dei collegi funeratici pagani e del sodalizio cristiano dei primi secoli. Affine molto a questo è l'argomento trattato dal De Rossi nelle *Commentationes* edite nel 1877 dagli amici del Mommsen per festeggiare il sessagesimo natalizio dell'illustre storico tedesco; in quella memoria si dimostra che il sistema dei collegi funeratici, illustrato dal Mommsen, nel 1843, si estese anche ai sepolcri famigliari, dimodochè i componenti una famiglia, i liberti della medesima, gli affini od amici ammessi al diritto di sepoltura nel monumento di quella, costituirono un *collegium* famigliare il quale assumeva una denominazione speciale per lo più grecanica e di buon augurio che il De Rossi chiama vocabolo sodaliciario, il quale, d'ordinario, è senza alcuna relazione coi nomi legittimi della famiglia, ma talvolta deriva dal cognome personale del fondatore.

Nel « Bullettino » e negli « Annali dell'Istituto Archeologico Germanico » sono numerosi gli scritti del De Rossi: prescindendo da quelli che illustrano date consolari (un ampio trattato sulle date e sui fasti consolari dell'età cristiana trovasi nei prolegomeni al tomo primo delle *Inscriptiones Christianae*) o iscrizioni onorarie, ricorderemo lo studio sopra un singolarissimo monumento legale che contiene una sentenza d'interdizione pronunciata da Tarracio Basso, prefetto di Roma di età incerta, contro negozianti frodolenti i quali *sibi pecuniam (indebitam) contra disciplinam roman(am) vindicare consueverant* (Bull. d'Inst. 1853, pag. 37-41); la memoria sopra alcuni « frammenti di fasti di ludi Capenati (Annali d'Inst. 1883, p. 253-284); la dissertazione relativa alle « horrea sotto l'Aventino e la statio annonae urbis Romae » (Annali dell'Inst. 1885, p. 223-234); e un commento di alcune iscrizioni che provano come talvolta i nomi dei patroni nelle lapidi dei liberti sono indicati non per mezzo dei prenomi, ma mediante i cognomi di essi, segnatamente quando si tratta di personaggi illustri (Bullettino d'Inst. 1878, pag. 34). Dei « fasti municipali di Venosa » e dei « fasti feriarum latinarum » il De Rossi tratta, rispettivamente, nel « Giornale Arcadico » del 1853 e nel secondo volume, p. 93 e seg. della « Ephemeris Epigraphica » supplemento perpetuo, come è noto, al « Corpus Inscriptionum Latinarum » che porta scritto nel frontespizio anche il suo nome, perchè di quell'opera gigantesca, degna del nostro secolo, egli fu uno dei più attivi e dei più illustri collaboratori, specialmente per ciò che riguarda le iscrizioni della città di Roma, e le fonti manoscritte che servirono alla compilazione del *Corpus* predetto.

Importantissimi sono gli articoli che, nel suo « Bullettino d'Archeologia Cristiana » 1874, p. 41-67, 159 e nel « Bullettino della Commissione Archeologica Comunale di Roma » 1887, p. 286; 1892, p. 11-18 (cf. Bull. d'Inst. 1880, p. 10) il De Rossi dedicò alle epigrafi incise sui collari e sulle bullae dei servi fuggitivi,

le quali, egli ha dimostrato, essere quasi tutte posteriori alla legge di Costantino che proibì l'impronta a fuoco sul volto dei predetti servi, a cui fu poi sostituito il collare che, di solito, porta inciso il nome del padrone al quale deve essere ricondotto il fuggitivo con l'indicazione più o meno precisa del luogo di domicilio, dimodochè queste epigrafi hanno anche un valore speciale per la topografia romana. Dei servi si parla più volte nel « Bullettino di Archeologia cristiana », specialmente riguardo alla loro manumissione e alle unioni di essi con donne cristiane di grado senatorio le quali, per non maritarsi a pagani, preferivano di unirsi a servi o liberti. Codeste unioni, civilmente nulle, erano valide dinanzi alla Chiesa romana ai tempi di Callisto, cioè, nei primi decenni del terzo secolo. (B. Cr. 1866, p. 23), e a questo proposito nelle « Dissertazioni della Pontificia Accademia Romana di Archeologia, Ser. II, tomo II, p. 41, » il De Rossi illustra l'epigrafe di Flavia Speranda congiunta ad Onesiforo *clarissimae feminae coïux*, la quale è un unico monumento di siffatti matrimoni di coscienza che le leggi romane non riconoscevano. Notevole però è il fatto osservato dal De Rossi (B. Cr. 1866, p. 24) che, nelle iscrizioni cristiane, mai si trova la menzione certa di un solo *servus*, rarissima è quella d'un liberto, e il fatto si spiega perchè nella società cristiana, liberi e servi erano tutti fratelli, e lo spirito di fratellanza fu più forte delle istituzioni sociali della repubblica e dell'impero. Una sola classe di servi i marmi cristiani nominano frequentemente, la classe degli *alumni*, cioè, dei bambini che le leggi romane permettevano ai padri di esporre e di far morire di fame e di freddo, se la pietà di alcuno non li raccoglieva per allevarli come suoi servi.

Pieno d'interesse è l'articolo pubblicato nel « Bullettino della Commissione Arch. Com. di Roma » 1888, p. 257-267, sul *praepositus de via Flaminia*, il quale come dimostra il De Rossi, appartiene al numero dei *praepositi cursus publici* nominati nelle leggi dei secoli quarto e quinto e che si ricordano solo quando scom-

paiono i *praefecti vehiculorum*: essi costituivano un grado di milizia onorata e superiore ai *mancipes* o appaltatori delle stazioni di cavalli.

Finalmente rammenteremo lo studio « sull'elogio funebre di Turia scritto del marito Q. Lucrezio Vespillone console nel 735 u. c. » che fu scoperto, nella parte più rilevante, dal De Rossi stesso e scelto da lui a tema del discorso inaugurale dei lavori dell'Accademia di conferenze storico-giuridiche pronunciato il 26 novembre 1879.

Quello scritto importante comprendeva due parti: la prolusione accademica, e il testo dell'elogio col commento critico; ma la sola prima parte fu pubblicata negli « Studi e documenti di storia e diritto » del 1880, p. 11-37. È in questo lavoro massimamente che rifulge la profonda cognizione che il De Rossi aveva del diritto romano: oltre notizie preziose che egli dà, incidentalmente, sulle epigrafi che ricordano i nomi di antichi cristiani giureconsulti ed oratori del foro, discorre, con grande dottrina, delle *laudationes funebres* e propone soluzioni sagaci delle controversie cui dà occasione il frammento epigrafico, fra le quali quella relativa alla nozione prima della *gens* romana e dei *gentiles*; l'elogio di Turia, nota il De Rossi, conferma l'originaria parentela della *gens* con la *familia* e che questa era in quella compresa.

Abbiamo così, rapidamente enumerate, le pubblicazioni dell'insigne archeologo che più da vicino interessano i cultori del diritto romano e della sua storia, ma a tutte le opere di lui dovranno far capo coloro fra essi i quali vorranno, un giorno, por mano a questi due lavori capitalissimi: l'uno, le relazioni dello Stato romano con la Chiesa cristiana fino ai tempi di Costantino, tentato, ma non in modo definitivo e completo, da K. J. Neumann e da E. G. Hardy, l'altro, le istituzioni politiche dei Romani dopo Diocleziano. La scuola storica tedesca, capitanata dal Mommsen, si ferma, in generale, ai tempi di Diocleziano, persuasa che, con questo prin-

cipe, il mondo antico finisca e una età nuova si inizi, ma, secondo me, a torto, perchè le istituzioni romane se mutano, da quel momento, aspetto e fisionomia, nella loro sostanza, rimangono ancora salde per moltissimo tempo. Ebbene, di queste istituzioni, un'opera che le descriva, in modo veramente scientifico, come fece il Mommsen per quelle del periodo repubblicano e per quelle del periodo cosiddetto della diarchia, è affatto mancante; sarà certamente scritta un giorno, ma il suo autore non potrà mai vantare quella competenza con cui l'avrebbe composta il De Rossi, tanto era limpida e piena la visione che egli possedeva di quei tempi così scarsi di documenti, la cui oscurità solo la sua mente sagace e divinatrice avrebbe potuto rischiarare completamente.

Tutti i lavori del De Rossi presentano una chiarezza, una semplicità di espressione veramente ammirabili, qualità queste, del resto, che si riscontravano anche nelle sue conferenze e nei suoi discorsi. Un solo esempio rammenterò: il discorso bellissimo (pur troppo non raccolto stenograficamente) nel quale, inaugurando i lavori del nostro Istituto, il 5 febbraio 1888, nell'aula massima del palazzo senatorio, invocò le memorie del Campidoglio, trattenendosi a parlare specialmente del Tabulario e delle tradizioni che ad esso si riconnettono.

Ma il De Rossi non fu soltanto un grande scienziato, fu ancora, come altri ben disse, una di quelle belle figure in cui la natura ha riunito tutte le qualità del cuore e della mente, fu, in una parola, un uomo veramente completo. Coloro che hanno avuto la fortuna di conoscerlo possono attestarlo; dai suoi colloqui famigliari si usciva sempre con una cognizione di più nella mente, ma si usciva altresì confortati nel cuore, perchè non era possibile di rimanere insensibili dinanzi all'affabilità, alla dolcezza, alla modestia delle maniere con le quali egli accoglieva i suoi visitatori e che rivelavano tutta la nobiltà e la grandezza dell'animo suo. *E se il mondo sapesse il cuor ch'egli ebbe — Assai lo loda e*

più lo loderebbe: questi versi dell'Alighieri, così pieni di affetto che, nel 1887, quando mancò ai vivi Guglielmo Henzen, senza sapere l'uno dell'altro, il De Rossi ed io applicammo all'illustre epigrafista tedesco, mi sia lecito ripetere qui anche per lui, perchè, nella loro concisione, scolpiscono più che non possano molte parole, il carattere morale dell'uomo insigne che abbiamo perduto.

Colpito da paralisi, nel maggio dell'anno decorso che gli tolse l'uso della parte destra del corpo, ma conservando piena ed intera la lucidità della mente, continuò indefesso nei suoi studi e poté compiere non pochi lavori di inestimabile pregio, tra i quali la edizione critica del *Martyrologiun Hieronymianum* che compose in collaborazione coll'illustre Duchesne e fu pubblicata poco prima della sua morte, e l'ultimo fascicolo della grande opera sui Musaici delle Chiese di Roma. Inoltre nel palazzo pontificio di Castel Gandolfo ove, per due estati consecutive, fu ospite del Pontefice Leone XIII, dettò parecchi articoli dottissimi per il suo « Bullettino » di cui, testè, il prof. Gatti pubblicava l'ultimo fascicolo il quale chiude la serie di questa importantissima pubblicazione che il compianto autore considerava come la maggiore delle sue opere e che essendo tutta personale volle avesse fine con la sua vita. In questo fascicolo il Gatti, l'amico impareggiabile e collaboratore del De Rossi, come egli lo stesso lo chiamava, aggiunse, con pensiero veramente gentile, agli ultimi lavori del suo grande maestro, il primo scritto che egli compose, quando contava appena ventisei anni di età (rimasto finora inedito) e che riguarda le « raccolte delle iscrizioni cristiane di Roma dei primi sei secoli ». Così l'ultimo fascicolo del « Bullettino di Archeologia Cristiana del commendatore G. B. De Rossi » segnerà l'alfa e l'omega della sua grande attività scientifica.

A sè stesso egli avrebbe potuto applicare il *laboremus* di Settimio Severo, poichè non solo lavorò fino alla vigilia della sua ultima ora, ma disegnò ancora nella vasta sua mente nuovi lavori e fra questi piacemi ricordare (poichè me ne parlava negli ultimi

giorni) uno studio, che se la vita gli fosse rimasta, egli avrebbe scritto sul processo del cristiano Apollonio dinanzi al Senato di Roma, condannato al tempo di Commodò, e a cui gli dava occasione una memoria del Mommsen, allora pubblicata, sullo stesso argomento.

Nel passato agosto si tenne a Spalato nella Dalmazia il congresso di archeologia cristiana che, nella seduta inaugurale, deliberò di inviare tre soli telegrammi di omaggio: al Pontefice Leone XIII, all'Imperatore Francesco Giuseppe e al De Rossi. In mezzo alle sofferenze che il male gli cagionava, ma delle quali mai al di fuori faceva segno, fu questo un grande conforto per lui, ed egli stesso mi narrava, sorridendo, che quel telegramma inviatogli dal Congresso aveva dovuto ricostruirlo in gran parte, quasi si fosse trattato di un frammento di lapide, perchè l'ufficiale telegrafico di Castel Gandolfo, poco famigliare con la lingua latina in cui era formulato, non era riuscito a trascriverlo esattamente.

L'ultima volta che parlai col comm. De Rossi fu il venerdì, 14 settembre: lo trovai sopra una loggia del palazzo pontificio che prospetta il bellissimo lago, dove egli soleva passare il pomeriggio, ricevendo le visite dei parenti e degli amici; eragli, come sempre, accanto la sua nobile consorte, Costanza, nata contessa Bruno di S. Giorgio, che fu la pietosa ed instancabile confortatrice dei suoi ultimi giorni. La conversazione durò a lungo e piena di interesse; ma sul volto dell'illustre malato aleggiava un'ombra di così grande tristezza, quando egli mi strinse la mano per accomiarmi, che mi fece penosa impressione, quasi fosse sintomo del male che progrediva sensibilmente. In quel momento, però, non mi sarei immaginato mai che quella era l'ultima volta che udivo la sua voce e che, a breve distanza, il 20 settembre, l'avrei riveduto morente, sul letto, spegnersi a poco a poco, ma pur troppo così fu; e lì, nella quiete del lago incantevole, che uno splendido sole illuminava, interrotta soltanto dalle preghiere del sacerdote, dal pianto della

diletta consorte, dell'amatissima ed unica figlia, marchesa Natalia Ferrajoli, degli altri suoi cari e degli amici, alle 14.40 di quel giorno, G. B. De Rossi rendeva a Dio la sua anima grande e santa.

La domenica successiva, il 23 settembre, ebbero luogo i funerali nella chiesa parrocchiale di Castel Gandolfo sulla cui porta leggevasi la seguente iscrizione dettata dall'autore di queste pagine: « Pregate pace — all'anima benedetta — dell'insigne archeologo — comm. G. B. De Rossi — che nella scienza da lui coltivata — cercò la glorificazione di Dio. » Moltissimi furono i convenuti, tra i quali i rappresentanti del Consiglio Comunale di Roma e dei vari istituti scientifici (il nostro era rappresentato dallo scrivente) ai quali apparteneva l'illustre defunto. Solenni, degne di lui riuscirono le esequie; a cominciare dallo stesso celebrante, monsignor Wilpert, amato discepolo del De Rossi, che a stento poteva, per il pianto che gliel'e troncava sul labbro, pronunciare le parole della assoluzione, tutti sentivano l'animo profondamente commosso, perchè tutti comprendevano in quel momento che una nobile figura di uomo era sparita per sempre dal mondo e che l'Italia aveva perduta una delle sue più fulgide glorie di questo secolo.

Ed ora, prima di finire, mi sia consentito esprimere il voto che le lettere erudite scritte dal De Rossi, in un periodo di quarant'anni, ai dotti di ogni paese, siano, come quelle del Borghesi, raccolte e pubblicate: sarà questo, oltre che un grande servizio reso alla scienza, il più bel monumento che possa elevarsi alla memoria di lui.

G. B. De Rossi, tramandato ai posteri dalle sue opere immortali, sarà onorato dagli uomini, finchè le cose antiche abbiano un culto nel mondo; negli amici e negli ammiratori suoi, la sua cara e benedetta memoria vivrà finchè in essi il cuore abbia cessato di battere.

L. CANTARELLI.

Carlo Eduardo Zachariae von Lingenthal.

Grave perdita subirono gli studi nostri per la morte di questo insigne maestro, che pur nella sua grave età continuava a pubblicare frequenti e utili lavori, dov'erano i risultati di tanti anni spesi in laboriose ricerche, in diligenti raffronti, nell'esercizio cauto ed arguto dell'arte critica. Ancor pochi giorni prima di morire attendeva a compire un articolo sulle fonti giuridiche greco-romane destinato alla *Rivista della Fondazione Savigny*.

Lo Zachariae nacque a Heidelberg il 24 dicembre 1812. In quell'Università era professore di diritto il celebre padre suo, Carlo Salomone Zachariae, il quale nel 1842 fu nobilitato col titolo « von Lingenthal » in ricompensa de' suoi meriti scientifici e didattici. Carlo Eduardo fece gli studi ginnasiali a Weimar, Heidelberg e Meissen; licenziato verso la Pasqua del 1829 si iscrisse alla Facoltà giuridica di Lipsia, donde passò a quella di Heidelberg e finalmente a quella di Berlino. Qui ebbe la buona ventura d'incontrarsi in F. A. Biener, che lo iniziò nello studio del diritto greco-romano, in cui doveva diventare così meritamente celebrato maestro.

Chiese e ottenne (Pasqua del 1836) la libera docenza in diritto romano presso l'Università di Heidelberg, ove nel 1842 fu nominato professore straordinario.

Ma non molto tempo rimase nell'insegnamento. Ne lo distolse il grande amore della campagna e il desiderio vivo di dedicarsi esclusivamente alle ricerche sul diritto bizantino, che non aveva mai interrotte e per le quali aveva anzi intrapreso lunghi e (in quel tempo) disastrosi viaggi. Nel 1832 era stato a Copenhagen

e a Pietroburgo; nel 1834-35 a Parigi; nel 1835 nel Belgio e in Inghilterra; nel 1837-38 in Italia, in Grecia, in Turchia.

Il diritto greco-romano non poteva, come oggetto di insegnamento, recare molta soddisfazione al docente di una Facoltà essenzialmente professionale come la giuridica. È un male che, e in Germania e altrove manchi un Istituto speciale per l'alta cultura giuridica, dove simili insegnamenti potrebbero prosperare. Il professore, se non voleva far lezione alle pareti ed ai banchi, doveva scegliere un corso obbligatorio per le iscrizioni e questo riusciva di soverchia distrazione al valoroso giovane, che si era proposto un tema così vasto e così difficile fino allora quasi inesplorato.

D'altra parte la sua preferenza per la vita campestre non era determinata solamente da un vivo sentimento della natura, ma anche da una singolare attitudine per l'agricoltura. Comperò nel 1843 la vasta tenuta di Grosskmehlen presso Ortrand e ivi si stabilì per circa cinquant'anni, occupato e nella coltivazione dei fondi e nei suoi studi prediletti.

La sua grande competenza in materie agricole è nota anche per varie pubblicazioni e la sua influenza sull'insegnamento superiore agrario in Sassonia fu tale, che il governo ne avrebbe voluto affidare a lui la direzione; ma non accettò per riguardi personali. L'ambiente sano e tranquillo; la varietà delle occupazioni che pur esigendo l'insistenza al lavoro impediva la stanchezza e manteneva la vivacità dello spirito; la serenità di una vita intemerata, gli permisero di recare a termine il compito che si era prefisso, di chiarire cioè le vicende del diritto romano in Oriente, di pubblicarne le fonti principali, di valutarne l'importanza e di lasciare quasi completi i materiali per una storia esterna ed interna di esso. Tutti gli anni uscivano di lui nuovi lavori; ora edizioni di opere giuridiche bizantine, ora ricerche critiche, storiche, esegetiche. Questi numerosissimi lavori hanno senza eccezione

notevole importanza, sia per la natura dell'argomento, sia per l'acume e la diligenza e l'incomparabile dottrina dell'autore; alcuni poi sono e rimarranno veramente fondamentali.

Qui, in ordine cronologico, indico i principali:

1835. *Fragmenta versionis graecae legum Rotharis.*

1836. Αἱ ῥοπαὶ con un'importantissima introduzione.

1837. Ὁ πρόχειρος νόμος — parimenti con un'introduzione magistrale.

1839. *Historiae iuris graeco-romani delineatio.* Questo breve, ma importantissimo lavoro, servì di fondamento principale alla nota opera del Mortreuil.

1840. *Reise in den Orient.*

1842. Lib. XVIII, tit. I Basilicorum cum scholiis antiquis.

1843. Ἀνέκδοτα (notevole soprattutto il Compendio delle Novelle di Teodoro da lui scoperto sul Monte Athos).

Ueber die sogenannten irregulären Personal-Servituten.

1844. Die prohibitoria actio.

Ueber die Unterscheidung zwischen servitutes rusticae und urbanae.

1845. Supplementum editionis Basilicorum.

1852. Collectio librorum iuris graeco-romani.

1856. In quest'anno uscì il primo fascicolo della « Storia del diritto privato greco-romano » di cui si pubblicò nel 1892 la terza edizione.

Jus graeco-romanum, Pars. I (la Pire di Eustazio).

Jus graeco-romanum, Pars. II (Synopsis minor — Epitome, parte I^a).

1857. Jus graeco-romanum, Pars III (Novellae constitutiones imperatorum post Iustinianum).

1858. Il ποιηµα dell'Attaliota edito nella θέσις dello Sguta.

1865. Jus graeco-romanum, Pars. IV (Eclogae privata aucta — Eclogae ad Prochirum mutata — Epanagoge aucta).

1869. Jus graeco-romanum, Pars V (Synopsis Basilicorum).

1870. Jus graeco-romanum, Pars VI (Prochirum auctum).

1881. Novellae Iustiniani (ed. Teubner: con due supplementi 1884 e 1891).

1883. Jus graeco-romanum, Pars VII (Epitome, parte II^a).

Negli ultimi anni, oltre la riedizione della storia del diritto privato greco-romano, meritano speciale menzione l'edizione dei frammenti sinaitici ed i notevolissimi studi *Aus und zu den Quellen des römischen Rechtes* apparsi a intervalli nella Rivista per la fondazione Savigny.

I suoi lavori inediti o incompiuti, di cui io posseggo alcuni (fra cui le ricostruzioni degli antichi indici dei Digesti e delle summae Novellarum) per liberalità dell'autore, attestano parimenti la grande attività e dottrina dell'illustre maestro, a cui mi è grato attestare vivissima riconoscenza.

Lo Zachariae fu uno dei primi soci onorari del nostro Istituto.

C. FERRINI.

Nicola De Crescenzo.

Il 25 gennaio 1895 moriva in Napoli il prof. Nicola De Crescenzo, lasciando in grave lutto quella facoltà giuridica e quanti egli ebbe discepoli ed amici in tutti gli ordini dei giuristi.

Nato in Terlizzi (prov. di Bari) il 17 maggio 1832 da Vincenzo De Crescenzo e Caterina De Napoli, egli fece i suoi primi studi nel seminario di Molfetta; recatosi poi a Napoli, vi compì gli studi giuridici laureandosi in legge nel 1855.

Passò quindi in Germania, dove rimase cinque anni per perfezionare la sua cultura specialmente nel diritto romano, frequentando le Università di Lipsia e di Heidelberg, ove fu diletto discepolo di Adolfo di Vangerow.

Ritornato a Napoli nel 1860, si diede all'insegnamento del diritto romano preso quella Università come professore pareggiato. Al suo studio privato accorrevano numerosissimi i giovani, sicchè presto il suo nome di valente insegnante fu noto in tutta Italia.

Il 23 settembre 1873 egli fu chiamato da A. Scialoja, allora ministro, ad occupare come professore straordinario la cattedra di Pandette nell'Università di Roma, e il 12 marzo vi fu promosso ordinario.

Ma il 27 dicembre 1882, chiamato da unanime deliberazione della facoltà giuridica e mosso anche da ragioni di salute, passò all'Università di Napoli, dove tenne l'insegnamento del diritto romano fino agli ultimi giorni della sua vita.

Nè tutta la sua attività fu sempre assorbita dalla cattedra e dalla produzione scientifica, poichè prima della sua venuta a Roma egli era stato prima sub-delegato della Sezione Stella nel Comune di Napoli, poi consigliere provinciale. Si ricorda ancora l'opera sua come governatore della R. Casa dell'Annunziata in Napoli, ove egli compì molte utili riforme, sostituendo anche l'ufficio di presentazione alla vecchia ruota. L'amministrazione di quell'Istituto gli fu occasione di scrivere l'importante volume sui *Brefotrofi*, (Napoli 1873) frutto di un viaggio appositamente fatto in Italia.

Il De Crescenzo fu per voto delle facoltà giuridiche membro del Consiglio superiore della pubblica istruzione per un quadriennio; l'Accademia Reale di Napoli e la Pontaniana l'ebbero loro socio. Ultimamente egli aveva organizzato il *Circolo Giuridico* in Napoli e ne era presidente onorario. Del nostro Istituto egli fu uno dei primi soci.

Più che con gli scritti, il De Crescenzo contribuì al progresso della scienza in Italia con l'insegnamento. Anche in coloro, che non si dedicarono al diritto romano, rimarrà sempre viva la memoria di quelle coscienziose lezioni, che il maestro amato e venerato pronunziava con naturale solennità e dalle quali appariva

manifesto l'intenso amore, il culto religioso, ch'egli professava per la sua materia. Questo amore, questo culto sono doti preziosissime in un insegnante; la comunicazione intellettuale tra maestro e discepolo è resa da essi più facile e più efficace, perchè accompagnata dalla comunicazione del sentimento; e fu appunto perciò che dalla scuola del De Crescenzo uscirono tanti dei più valorosi insegnanti delle nostre Università, e non per il solo diritto romano.

Oltre il volume, sopra menzionato, sui *Brefotrofi*, le opere principali pubblicate dal De Crescenzo sono abbastanza numerose. Il *Sistema del diritto civile romano* (2 volumi in 4 parti) ebbe due edizioni; la seconda è del 1869. È questa forse l'opera più nota del De Crescenzo, e si può dire che sia ancora il trattato più ampio scritto in italiano sul diritto romano. Certo non fu opera originale, nè mai il De Crescenzo volle farla credere tale; basta per persuadersene leggerne la prefazione; ma fu di grande utilità, perchè, come molti altri lavori contemporanei, servì a introdurre in Italia i risultati della scienza tanto progredita in Germania.

Una monografia sulla *liberatio* (1874), il cui piano non era felicemente concepito, perchè doveva comprendere materie troppo disparate, rimase incompleta.

Nell'*Enciclopedia giuridica* edita dal Vallardi si leggono tre articoli di vaste proporzioni, dovuti al De Crescenzo, e cioè: *Accessione* (vol. 1 fasc. 3-5), *Adozione* (vol. 1, part. 2, fasc. 10-11), *Obbligazione* (vol. 12, part. 1, fascicoli 51 segg.). Nel *Digesto italiano* il De Crescenzo pubblicò la parte di diritto romano della *Successione*. Non tutti questi articoli sono dello stesso valore; il migliore è forse quello sull'*accessione*; ma tutti dimostrano, che l'autore non intendeva punto fare opera di mera compilazione, ma lavorava sempre con serio intento scientifico, con grande cognizione e con mente equilibrata e serena.

Negli atti della R. Accademia di scienze morali e politiche

si trovano tre memorie lette dal De Crescenzo: *La dottrina della conferma e della ratifica degli atti nulli per difetto di forma secondo il Codice civile italiano* (1885) pubblicata anche nel FILANGIERI 1885; *Considerazioni sul capoverso dell'art. 890 del Codice civile* (1888); *La personalità dello schiavo in diritto romano* (1891).

Quest'ultima è un chiaro riassunto degli studi recenti; maggior valore hanno le due prime, nelle quali il De Crescenzo applica al diritto italiano le sue larghe cognizioni di diritto romano e di diritto comune, nonchè della letteratura giuridica straniera.

Brevi opuscoli sono: *Sul diritto di apporre epigrafi nei sepolcrali famigliari* (1881), che è un parere in forma di lettera sopra una questione sorta tra Matteo Renato e Vittorio Imbriani a proposito della epigrafe dettata da Vittorio per la tomba del padre. *Commemorazione di Giuseppe Polignani* (1883) discorso letto nell'Università di Napoli in onore del compianto predecessore in quella cattedra di Pandette.

Molte note a sentenze pubblicate nel *Foro Italiano* debbono annoverarsi tra i migliori lavori del De Crescenzo, poichè in essi si vedono associati la dottrina e il senno pratico, e la storia è mirabilmente adoperata alla illustrazione del diritto vigente.

Finalmente un corso quasi completo di lezioni di diritto romano fu colla collaborazione del nipote avv. Minuttillo, libero docente presso l'Università di Napoli, pubblicato in litografia; un volume *Della Proprietà* (1893-94) è stampato.

Ma chi parla del De Crescenzo, avendolo personalmente conosciuto, non può terminare senza ricordare e rimpiangere in lui l'uomo di profonda onestà e rettitudine, di cuore affettuoso e benigno, sempre pronto ad aiutare l'amico e a spingere innanzi il giovane volenteroso, incapace di odio, aperto ad ogni più nobile sentimento.

V. SCIALOJA.

Gustavo Amedeo Humbert.

Nato il 28 giugno del 1822 a Metz, Gustavo Amedeo Humbert è morto nello scorso settembre. La sua lunga vita di 72 anni fu esempio di una laboriosità insuperabile. Egli prese parte alle vicende politiche della sua patria, e occupò importanti uffici pubblici: fu sottoprefetto, senatore, procuratore generale alla Corte dei conti, e ministro. Fra i cultori di diritto romano in Francia, egli occupava uno dei primi posti. Fin dal 1864 insegnava diritto romano a Tolosa, ed era l'anima dell'Accademia di Legislazione, che ha sede in quella città.

Fra i suoi lavori più importanti, ricordiamo: *Du régime nuptial chez les Gaulois*, pubblicato nel 1858 nella *Revue historique de droit français et étranger*; *Condition des ouvriers libres chez les Romains*; *Tentative d'après le droit criminel des Romains*; *Les douanes et les octrois chez les Romains*: lavori tutti, pubblicati nelle Memorie dell'Accademia di Legislazione di Tolosa.

Nel 1879, pronunziò un discorso sulle *Origines de la comptabilité publique chez les Romains*: argomento, che non abbandonò più, perchè nel 1884 e 1885 lesse all'Accademia delle scienze morali e politiche di Francia una memoria, dal titolo: *Les finances de l'Empire romain*, e poco dopo pubblicò due importanti volumi: *Essai sur les finances et la comptabilité publique chez les Romains*. Ricordiamo inoltre che la maggior parte degli articoli relativi al diritto pubblico, al diritto penale e all'economia politica dei Romani, nel *Dictionnaire d'antiquités grecques et romaines* di Daremberg e Saglio, appartengono all'Humbert. Al quale pure si deve l'opera, che veramente onora gli studii francesi, cioè la traduzione del *Manuel des antiquités romaines* di Mommsen e Mar-

quardt: traduzione intrapresa sotto la direzione di lui, e che tanto contribuisce a diffondere quel pregevolissimo lavoro.

Circa il 1880 l'Humbert entrò nel comitato di direzione della benemerita *Revue générale du droit, de la législation et de la Jurisprudence en France et à l'étranger*, la quale oggi ne deplora la perdita.

G. A. Humbert era uno dei nostri soci onorari.

NOTIZIE.

Codice Siriaco di diritto romano. Il signor abb. P. Cersoy, ha pubblicato nell'ultimo numero della *Zeitschrift für Assyriologie* (tom. IX, fasc. IV, pag. 361 segg.) un breve catalogo dei manoscritti siriaci che, un 25 anni fa, vennero ad arricchire la collezione Borgiana di Propaganda Fide. Fra questi vi sono tre manoscritti, che si riferiscono al diritto romano, e che hanno i due primi il titolo di *Leggi e sentenze degli imperatori cristiani Costantino e Leone*, e il terzo il titolo di: *Leggi secolari dei romani fatte da Ambrogio confessore, essendogli stato ordinato da Valentiniano di comporre per i prefetti*. — Tutti questi manoscritti, non escluso, pare, l'ultimo, sono altrettante recensioni o estratti dal noto testo pubblicato dal Sachau e illustrato dal Bruns, ma ben distinti da esso e dalla recensione fatta conoscere dal Wright (*notulae Syriacae*, Lond. 1887). I testi del museo Borgiano erano destinati per i *Siri orientali*, mentre le recensioni già note sono di origine monofisita.

* *

Di alcune importanti scoperte relative al diritto romano e al greco-romano ci riserbiamo di dare notizia più in là, quando gli autori di esse ce lo permetteranno.

* *

Della perdita dei professori **Exner, Hartmann e Zrodowski**, che la nostra scienza ha sofferto, daremo più estesa notizia nei fascicoli prossimi.

RECENSIONI

Emilio Costa. — *Papiniano*. (Bologna, Zanichelli, vol. I e II, 1894).

Sono apparsi i due primi volumi di quest'opera a cui l'egregio autore si è accinto dopo una larga e coscienziosa preparazione. L'opera fa veramente onore agli studi nostri ed alla scuola italiana; l'argomento alto e degno ha felicemente ispirato l'ottimo professore di Bologna. Da parecchi anni si vanno studiando con cura e con metodo critico le precipue figure dei giureconsulti romani; Papiniano che eccelle mirabilmente in quella schiera onoranda e che anche presso i profani personifica la giurisprudenza romana, non aveva ancora avuto ne' tempi moderni chi ne illustrasse con apposita monografia le opere e le dottrine. Naturalmente non parliamo che di lavori serii; giacchè di qualche pubblicazione in proposito (pur troppo italiana!) è prudenza tacere.

Il primo volume tratta della vita e delle opere di Papiniano. Dopo avere con diligente uso di tutte le fonti e con tutti i sussidi della critica moderna fissate le notizie più attendibili circa la biografia papiniana, il Costa esamina in separati capitoli quanto ci è pervenuto delle opere sue o nelle Pandette o nelle collezioni giuridiche pregiustiniane, o pel tramite delle citazioni negli altri giuristi e nelle costituzioni imperiali o anche (in ben scarsa quantità) direttamente. Questi capitoli non costituiscono un arido elenco; ma contengono notevoli osservazioni sia circa le parti delle opere papiniane che risultano più importanti pel

loro contenuto, sia circa l'uso di Papiniano da parte degli altri giuristi, sia circa il metodo vario delle citazioni. Al quale proposito io mi sono compiaciuto nel vedere quanto acutamente il Costa abbia rilevato i caratteri delle citazioni papiniane in Marciano, porgendo così un nuovo conforto alla tesi, altrove da me sostenuta, sulla rivendicazione a tale giurista di non pochi brani delle Istituzioni imperiali, che appunto contengono siffatte citazioni. — Là dove l'autore discorre dello scarso uso di Papiniano nell'età della decadenza, avrebbe potuto anche notare che nei frammenti sinaitici pur così ricchi di citazioni di giureconsulti classici non se ne trova alcuna di Papiniano, mentre gli argomenti, cui essi si riferiscono, sono tra quelli, che sembrano essere stati da Papiniano più largamente e profondamente trattati.

Comincia quindi l'esame delle opere papiniane. Le principali sono, come ognuno sa, i *responsa* e le *quaestiones*. Esse vengono dal Costa messe in raffronto cogli scritti analoghi degli altri giuristi per così meglio stabilirne i caratteri speciali. — La sua trattazione qui si allarga e riesce (non senza opportunità) una vera storia di tali forme di letteratura giuridica in Roma. Appunto per ciò avrei desiderato che sulle collezioni di responsi dei giuristi repubblicani si fosse trattenuto più di proposito; non è, per esempio, esatto che i Digesti di Alfeno fossero sostanzialmente una collezione di responsi « comunque non essenzialmente pratici, ma sì piuttosto teoretici ». Anzi i responsi veri e propri, dati dal giurista al cliente che lo consulta, prevalgono in essa come generalmente nelle opere di giuristi repubblicani.

Il distacco fra i primi otto libri dei *responsa* e i successivi era già stato avvertito, ma ora il Costa aggiunge nuove osservazioni e cerca di dedurre da tal fatto alcune nuove conclusioni sul rapporto cronologico de' *Responsa* e delle *quaestiones*, che mi sembrano accettabili.

Buona è pure l'illustrazione delle opere minori di Papiniano.

Giustamente egli riferisce il libro sugli uffici dell'*astinomico* ad una magistratura municipale; nè la sua opinione che questo libretto fosse cronologicamente la prima pubblicazione di Papiniano, parmi da neglegere.

Un capitolo è consacrato allo studio della prevalenza dei *responsa* sulle *quaestiones* nell'età pregiustiniana e le tracce di siffatta prevalenza si riscontrano tuttora nelle Pandette, nonostante la cura di Giustiniano per fare attribuire anche alle ultime la dovuta importanza. Di tutto ciò il Costa indaga le ragioni,

Di grande interesse è il capitolo sulla lingua di Papiniano. Come bene avverte il Costa, lo studio della lingua papiniana non solo occorre per comprendere nel miglior modo possibile tutta l'individualità del grande giureconsulto; ma anche per discernere ne' frammenti di lui le aggiunte dei compilatori. Inoltre la questione stessa dell'origine di Papiniano si riconnette a tale studio dal momento che il Kalb con grande dottrina e con sottilissimi raffronti ha cercato di provare che la lingua di lui ne rivela la *africità*. Il Costa veramente, attenendosi alle conclusioni del Kübler e dello Schulze, non ritiene bastanti gli indizii raccolti; il che non toglie che gli studi del Kalb proseguiti poi con diligenza e sagacia dal Leipold abbiano portato alla conoscenza dell'argomento un largo ed efficace contributo. In questo capitolo poco avrei da notare. Il Costa, seguendo il Gradenwitz, ritiene interpolato il *praesumere* ne' due noti passi di Papiniano; ma io confido di aver dimostrato (e mi conforta l'assentimento dello stesso Gradenwitz) il contrario. *Desire* (bis a p. 316) è certo duplice errore di stampa.

Segue un capitolo sulle *notae* di Paolo e Ulpiano, cui dimostra non essere state (almeno prevalentemente) di carattere critico; esse tendevano piuttosto a illustrare e completare il pensiero del maestro.

Termina il volume con uno studio sugli epiteti elogistici dati a Papiniano nelle costituzioni imperiali.

In questo bello e utilissimo volume io avrei desiderato che lo egregio Costa avesse trattato qualche altro argomento e gli sottopongo il mio desiderio, affinchè se non lo trova inopportuno, lo possa soddisfare in qualche appendice al suo lavoro. Un capitolo generale sulle idee di Papiniano intorno agli uffici del diritto e ai suoi rapporti coll'etica avrebbe avuto qui la sua sede migliore. Nel secondo volume il Costa tratta incidentalmente qualche parte di questo tema; ma una indagine generale e completa avrebbe giovato. Essa gli avrebbe ancora pôrto il destro di studiare il problema, ch'io considero sempre aperto, se e quanto le idee cristiane abbiano influito sulle dottrine papiniane; qualche raffronto fra certe notevoli e singolari espressioni del giurista e il linguaggio degli scrittori cristiani coevi potrebbe forse dar luce.

Un altro capitolo dovrebbe scriversi sulle fonti di Papiniano; quali furono, quali dirette e quali indirette; come si comportò il giurista di fronte ad esse e, soprattutto, quale fu il suo atteggiamento rispetto alle dottrine di Giuliano: ecco una serie di importanti quesiti.

E finalmente un capitolo sui seguaci di Papiniano avrebbe pure servito a compiere l'esame generale sulla sua attività letteraria. Allo spirito suo sembra informarsi soprattutto Paolo: in quale misura, in quali opere specialmente, è questione degnissima di studio.

Il secondo volume comincia l'analisi delle singole dottrine giuridiche in Papiniano ed è dedicato allo *status personae* considerato rispetto alla cittadinanza, alla libertà, alla famiglia. Lo esame è ben condotto e si distingue accuratamente il caso in cui Papiniano non fa che riprodurre il diritto vigente, da quello in cui ne tenta nuove e geniali applicazioni e soprattutto da quello, in cui procura di introdurre qualche importante innovazione. Completa è la raccolta dei materiali, su cui il Costa lavora. Risulta così efficacemente quanto Papiniano siasi adoperato verso la nuova

tendenza a riconoscere i vincoli di natura e la dignità umana in ogni individuo, preparando così la riforma avvenire. E nel tempo stesso ci viene offerto un imitabile esempio della storia dei dogmi giuridici.

Opportunamente il Costa nel trattare della posizione del singolo di fronte alla *familia* e specialmente nello studiare le vicende intime dell'istituto della patria potestà si è giovato di molti testi attinenti alla sostituzione pupillare, rifondendo le sue buone ricerche già pubblicate nel *Bullettino dell'Istituto di diritto romano* (vol. VI).

Ecco alcune lievi osservazioni, che mi occorrono sulle materie trattate in questo volume. La lex Caninia avrebbe, secondo il Costa, prescritto che le manumissioni testamentarie dovessero per essere valide, farsi *nominative*. Tale sembra per vero essere stata la disposizione legislativa, secondo la relazione di Ulpiano; ma chi ben consideri la più esatta esposizione di Gaio si convince che il legislatore ha ordinato la nullità delle manomissioni testamentarie, *quando il numero complessivo di esse superasse il maximum tollerato* e (mancando ogni altro elemento di scelta) venisse meno anche l'ordine dei nomi. Tale interpretazione, unica conforme allo spirito della legge, si conferma col confronto di vari testi delle Pandette.

L'origine del divieto delle donazioni fra coniugi, quale è accennata dal Costa (p. 121), mi pare assai dubbia. Avrei voluto vedere ivi ricordato l'Alibrandi.

A p. 121 si sarebbe meglio evitata l'espressione « condizione impostagli ».

Ho voluto arrecare qualche esempio di dissenso fra me e l'autore per mostrare, come i punti di disaccordo siano affatto secondari e come l'elogio, che sento il bisogno di attribuirgli pieno e sincero, sia provocato da uno studio minuto dell'opera sua.

C. FERRINI.

BULLETTINO BIBLIOGRAFICO

(Si pregano gli autori e gli editori di voler aiutare l'Istituto nella compilazione di questo bullettino, informandolo delle loro pubblicazioni).

Annuario dell'Istituto di storia del diritto romano. — Volume IV, 1893-94. Catania, Direzione dell'istituto, 1894.

ARNETTE R. — De la condition des enfants nés hors de justes nocés (Thèse) Paris, Rousseau, 1894.

ARNÒ C. — Della distinzione tra servitù rustiche ed urbane. Torino, Bocca, 1895.

BACHMANN P. — De la cession des biens, en droit romain. Nancy, Crépin le Blond, 1894.

BLONDEL I. — Histoire économique de la conjuration de Catilina. Paris, Guillemin et C., 1893.

BRAY J. — Essai sur le droit penal militaire des Romains, (Thèse). Paris, Larose, 1894.

BREDIF E. — Attributions financières du Senat romain sous la Republique (Thèse). Paris, Rousseau, 1894.

BRINZ A. — Lehrbuch d. Pandekten. Bd. IV, Llf. 2, Leipzig, Lotmar, 1894.

BRUN J. L. — Des actions exercitoria et institutoria en droit romain (Thèse). Lyon, Waltener et C., 1894.

CARNAZZA G. — L'estinzione della servitù *interitu rei* (dall'*Antologia giuridica*). Catania, Pansini, 1894.

CASATI C. C. — Jus antiquum. Droit papirien ; leges regiae; Lex XII Tabularum. Sen. Cons. Gaii. instit. comm. Extraits de Caton, Festus, Varron etc., avec une introduction sur les éléments du droit étrusque. Paris, Firmin Didot et C.

CHASSANT A. — Un Questeur romain à Mediolanum (Evreux), sous les règne de l'Empereur Trajen. Evreux, Herissey, 1894.

COILLAND F. — Des garenties accordées aux pupilles contre la gestion des tuteurs en droit romain. Paris, Rousseau 1894, (thèse).

COLLET F. — Deutsches und Rômisches Recht in ihr. Einfluss auf d. Volkswirtschaft, Leipzig, 1894.

COLLIN J. — Les droits des auteurs et des artistes en droit romain (Thèse). Rennes, Simon 1894.

CANTARELLI L. — L'origine della *Cura Tiberis* e supplementi alla serie dei *curatores Tiberis* e alla serie dei vicari *Urbis Romae*. (Dal bullettino della Commissione archeologica di Roma).

COURTOIS B. — De la bonorum venditio en droit romain (Thèse). Angers, Lachère e C.

DELEUZE-LANCIZOLLE E. — Droit romain : Des réformes apportées dans le regim successoral romain pour augmenter les droits de la famille. Paris, Rousseau, 1894.

DERNBURG G., PANDEKTEN, Bd. II. — Oblig. R., Berlin, 1894.

DE RUGGIERO G. — Dizionario epigrafico d'antichità romane, fasc. 33-34. Roma, Pasqualucci, 1894.

DU BAVET DE LIME R. — Des droits de l'époux survivant dans la succession ab intestat de son conjoint prédécédé, en droit romain et en drois français (Thèse). Paris, Giard et Briève, 1894.

ECK W. — Indignität und Enterbung nach röm. und. gem. deut. Recht. Berlin, 1894.

FERRINI C. — Storia e teoria del contratto di commodato nel diritto romano. Bologna, Fava e Garagnani, 1894.

FITTING H. — Summa codicis des Irnerius. Berlin, 1894.

Id. id. — Questiones de juris subtilitatibus des Irnerius, Berlin, 1894.

FRASSATI A. — La falsità in atti nel diritto romano. (Estr. dal Filangieri). Milano, Vallardi, 1894.

FROMONT DE BOUAILLE C. — Des chirographae et des Syngraphae (Thèse). Lyon-Meugin Rusaud, 1894.

FULCI L. — Il divorzio nella prima epoca del diritto romano. (Estratto dall'*Archivio giuridico*). Bologna, Fava e Garagnani, 1894.

GIANNANTONI L. — Un rapido sguardo alla teoria della specificazione nel diritto romano classico e nel giustiniano. Perugia, Boncompagni, 1894.

GLARD J. — De la fiducie en droit romain (Thèse). Paris, Rousseau, 1894.

GRADENWITZ O. — Vedi Vocabolarium.

GRAND G. — Du rôle des censeurs et des leurs représentants en matière de dépenses publiques, en droit romain (Thèse). Paris, Giard et Briève, 1894.

GUYOT H. — Du divorce à Rome (Thèse). Bar le Duc, Laguerre, 1894.

HARDY E. G. — Christianity and the roman government. A study in imperial administration. London, Longmans, 1894.

HAYEM M. — Procédés de cession des créances en droit romain (Thèse). Paris, Larose, 1894.

HEILFRON E. — Das gemeine Privatrecht d. D. R. Vol. I: gesch. des gem. Privatrechts und CPr. Abt. II. Deutsche Rechtsgesch., Berlin, 1894.

HITZIG H. G. — Das griech. Pfandrecht. München, 1894.

IHERING R. v. — Geist des röm. Rechts auf die verschiedenen stuf. S. Entwickl. Thl. II, Abth. I, 5 aufl. Leipzig, 1894.

Id. id. — Entwicklungs-gesch. des röm. Rechts. A. d. Nachlass hrsg. Leipzig, 1894.

KUBLER B. — V. Vocabolarium.

JUGLAR L. — Du rôle des esclaves et des affranchis dans le commerce (Thèse). Paris, Rousseau, 1894.

Leges Visigothorum antiquiores. Ed. Karolus Zenmer. Hannover, Hahn, 1894.

LESAGE L. — Des réponses des prudents comme source de droit (Thèse). Paris, Duchemin, 1894.

MAPEI C. e NANNINI E. — Procedura civile romana. (Dalle lezioni del professore Vittorio Scialoja). Roma, Fratelli Pallotta, 1894.

MARGAT L. G. — De la preuve littérale des obligations en droit romain (Thèse). Paris, Rousseau, 1894.

MERCIER L. — Des actions confessoire et negatoire en droit romain (Thèse). Paris, Chamnel, 1894.

MONTÉGID P. — De la datio insolutum en droit romain (Thèse). Lyon, Mengin, Rusand.

MOULIN H. — De l'acquisition légale de l'hérédité en droit romain et en droit français (Thèse). Paris, Rousseau, 1894.

MOULIN I. — Des impôts indirectes créés par Auguste (Thèse). Poitiers, Audin et C.

NICOLE I. — Le livre du préfet ou l'édit de l'empereur Léon le sage sur les corporations de Constantinople. Trad. fr. du texte grec de Genève. Genève, 1894.

PAMPALONI M. — Studi sopra il delitto di furto. Fasc. I, Torino, Bocca, 1894.

PRIMANTI A. — La cremazione in Roma. Evo antico e moderno. Roma, Un. tip. edit., 1894.

REGNAULT P. — De l'inaliénabilité de la Dot, en droit romain (Thèse). Paris, Rousseau, 1894.

REVERDY G. — Du pignus ex causa judicati captus (Thèse). Parthenay, imprim. Cante, 1894.

RICCI R. — Le interpolazioni nei libri giustinianeî. Catania, Pansini, 1894. (Estr. dall'*Antologia Giuridica*).

RIVALTA V. — Dispute celebri di diritto civile, estratte dalle *dissensiones* dei glossatori e annotate ad uso accademico e fiorense. Bologna, Zanichelli, 1895.

RUDOLF L. — Institutionen des Römischen Rechts. Leipzig, Veit e C. 1894.

SAVIGNY F. — Sistema di diritto romano attuale. (Disp. 52 e 53). Trad. di Vittorio Scialoja. Torino, Un. tip., 1894.

SCHULZE E. TH. — V. Vocabularium.

STELLA MARANCA F. — La cittadinanza romana e l'editto di Caracalla. Lanciano, Carabba 1894.

THUBEUF P. — Des subscriptions et de la signature (Thèse). Paris, Rousseau 1894.

TICHELAAR P. A. — De Beteekenis van het Romeinische Recht voor Wetenschap en Onderwijs. Haarlem, De Erven F. Bohn, 1894.

VERTILLARD E. — De l'action et l'exception de dol. Pau, Empéranger, 1894.

VIUJARD R. — De castrensi peculio (Thèse).

Vocabularium jurisprudentiae romanae. Fasc. I. Composuerunt Grandenwitz O., Kübler B., Schulze. Berolini, apud. G. Veimerum, 1894.

WINDSCHEID B. — Trattato delle Pandette. Trad. italiana di Fadda C. e Bensa P. E. Disp. 25. (5 del Vol. II.). Torino, Unione tip. ed., 1894.

ZACHARIÄ v. LINGENTHAL. — Handbuch d. franz. Civilrechts (8 aufl.) bearb. v. C. Crome. Bd. II, Freiburg, 1894.

ZOBKOW M. — Die Theilpacht nach, röm. und osterr. R. Berlin, 1894, L. Prager.

ARTICOLI RELATIVI AL DIRITTO ROMANO

NELLE RIVISTE ITALIANE E STRANIERE

Antologia giuridica, VIII, 3. C. FERRINI, Dies incertus nei legati. — Fasc. 3 — MARCATAJO-MANFRÈ, L'errore dei contratti. — fasc. 6-7 RAFFAELLO RICCI, Le interpolazioni nei libri giustiniane.

Archivio giuridico, LIII, 1-2 FERRINI, Storia e teoria del contratto di comodato nel diritto romano. — MORATTI, La legge Osca di Banzia. — H. FITTING, Questiones de iuris subtilitatibus des Irnerius (rec. di BRUGI) — 3-4 FULCI, Il divorzio nella prima epoca del diritto romano. — FERRINI, Storia e teoria del contratto

di comodato nel diritto romano. — PEROZZI, Il divieto d'atti di emulazione e il regime Giustiniano delle acque private. — H. SUCHIER, Manuscripts perdus de la Somme provençale du Code de Justinien (rec. di CHIAPPELLI). — L. ZDEKAUER, Lo studio di Siena nel Rinascimento (rec. di CHIAPPELLI).

Archiv'o storico italiano, tomo XIV, disp. 3. H. FITTING, Quaestiones de iuris subtilitatibus des Innerius (rec. di A. DEL VECCHIO).

Bullettino della Commissione archeologica comunale di Roma, vol. XXII, fasc. 2 e 3. L. CANTARELLI, La serie dei *curatores operum publicorum*.

Circolo Giuridico, XXV, 7. S. DI MARZO, Il divorzio di Spurio Carvilio Ruga.

Il Filangieri, anno XIX, N. 5. C. FADDA, Se possa denunziarsi in Cassazione la violazione di un testo del diritto romano.

Nuova Antologia, fasc. del 15 novembre 1894. C. FADDA, L'azione popolare. Studio di diritto romano e attuale (rec. an.).

Rivista di filologia e d'istruzione classica, vol. XXII, fasc. 10-12. P. BELLEZZA, Creta alla luce delle recenti scoperte.

Rivista italiana per le scienze giuridiche, XVII, 3. P. BONFANTE, Le singulae iustae causae usucapionis e il titolo putativo. — XVIII, 1. B. DUSI, La successione nel possesso negli atti tra vivi. — C. FERRINI, C. E. Zachariae von Lingenthal, Cenni. — C. FADDA, L'arte e gli artisti nel diritto romano (rec. di C. ARNÒ). — A. ASCOLI, Il concetto della donazione in diritto romano (rec. di C. ARNÒ).

Studi Senesi. XI, 2. M. PAMPALONI, Furto di possesso e furto di uso.

Temi Veneta, N. 29. S. PEROZZI, Il diritto romano nella giurisprudenza.

Archiv für die Civilistische Praxis, LXXXIII. BüLOW, Absolute Rechtskraft des Urtheils.

Bizantinische Zeitschrift, vol. 3, fasc. 3-4. ZACHARIAE VON LINGENTHAL, Wissenschaft und Recht für das Meer vom 6 bis zum Anfang des 10 Jahrhunderts.

Hermes, vol. XXIX, fasc. 4. — A. SCHULTEN, Die Lex Hadriana de rudibus agris.

Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und R. W., XXXVI, 2. HIRSCH, Die Principien des Sachbesitzerwerbes und Verlustes nach R. R. (rec. di LEIST) — 3. PESCATORE, Beiträge zur mittelalterlichen Rechtsgeschichte (rec. di SECKEL). — DYDYN-SKI, Beiträge zur handschriftlichen Ueberlieferung der justinianischen Rechtsquellen (rec. di SECKEL). — BRUCKNER, Zur Lehre von der vis maior.

Literarische Centralblatt, N. 48. GSELL, Essai sur le règne de l'empereur Domitien (rec. di K. J. N.).

Mnemosyne, XXII, 1. J. C. NABER, Observatiunculae de iure romano. — Fasc. 3. J. C. NABER, Id., Id.

Neue Heidelberger Jahrbücher, IV, fasc. 2 V. KARLOWA, Das Testament des Veteranen Gaius Longinus Castor vom Jahre 189 n. Ch.

Rheinisches Museum für Philologie, vol. XLIX. IHM, Zur Collatio legum Mosaicarum et Romanarum.

Zeitschrift der Savigny-Stiftung für R. G., XV, 1. BEKKER, Ueberschau des geschichtlichen Entwicklungsganges des Römischen Actionen: Aufkommen, Wesen, Abkommen, Nachwirkungen. — BERNSTEIN, Zur Lehre vom römischen Voraus (legatum per praeceptionem). — BREMER, Zwei Gutachten von Claudius Canticula. — EISELE, Zur Querela inofficiosi. — ERMAN, Eine römisch-ägyptische Vormundschaftssache an dem Jahre 147-8. — FERRINI, Die juristischen kenntnisse des Arnobius und des Lactantius. — GRUPE, Zur Latinität Justinians. — LENEL, Die Forme der Litiscontestation im Formularprocesse. — SCHIRMER, Weitere Beiträge zur Interpretation von Scävolas Responsen. — STROHAL, Gustav Demelius. — ZACHARIAE VON LINGENTHAL, Aus und zu den Quellen des römischen Rechts. — HRUZA, Beiträge zur Geschichte des griechischen und römischen Familienrechts (rec. di KRÖBLER).

Nouvelle Revue Historique, XVIII, N. 5 — P. COLLINET, Testament de Gaius Longinus Castor. — R. DARESTE, Procès-verbal d'une instance en ouverture de testament. — H. KRÜGER, Die liberatio legata in geschichtliches Entwicklüng.

SUNTO DEI VERBALI DELLE RIUNIONI DELL'ISTITUTO

Adunanza del 13 ottobre 1894.

Erano presenti i soci, prof. Buonamici, Brugi, Ferrini, Landucci, Riccobono, il segretario perpetuo prof. V. Scialoja, e il vicesegretario, dottor R. Ricci. Presiedeva il prof. Buonamici.

Aperta la seduta alle ore 10, il segretario perpetuo commemora il defunto socio onorario, prof. G. B. De Rossi, illustrazione della scienza archeologica. Espone indi un lavoro del prof. Patetta, e due lavori del prof. Bonfante. L'assemblea approva che vengano inseriti nel *Bullettino*.

Il professore Ferrini dà lettura di un suo lavoro, e l'assemblea approva che venga inserito nel *Bullettino*.

Il prof. Scialoja dà notizia della lapide scoperta in Africa, relativa a Giavoleno (V. *Notizie*).

Il prof. Buonamici espone un suo dubbio sull'effetto della condizione impossibile apposta alla nomina del tutore in un testamento. Si legge il § 10 delle I., II, 14, e prendono parte alla discussione tutti i presenti. Poichè l'argomento non sembra sottoposto da alcun romanista ad esame, si decide di rimmetterlo allo studio del prof. Buonamici.

Il prof. Scialoja richiama l'attenzione dei presenti sulla L. 41, D., XXXIX, 6, e L. 36, id., che a lui non sembrano così chiare, come sembrano a tutti. Cuiacio solo ne parla a lungo, ma la sua spiegazione non è accettabile. Quelle leggi sono interpolate, e male interpolate.

Il prof. Buonamici raccomanda all'Istituto di tener dietro alla pubblicazione del ms. fiorentino delle Pandette; e il professore Scialoja lo rassicura su questo punto. Dopo altre osservazioni dello stesso prof. Buonamici sull'insegnamento dei giovani professori di Diritto romano, i quali dovrebbero ispirarsi di più alle tradizioni di quest'insegnamento, l'adunanza è tolta alle 12.30.

Il segretario perpetuo

VITTORIO SCIALOJA.

Il vice-segretario

RAFFAELLO RICCI.

INDICE

del vol. VII (1894) del *Bullettino dell'Istituto di Diritto romano*

Memorie:

V. SCIALOJA. Testamento di C. Longino Castore.	Pag. 1
L. CANTARELLI. Il frammento berlinese <i>de dediticiis</i>	27
O. GRADENWITZ. Sulla l. 7, § 3 D. de curat. fur. XXVII.10.	39
S. PEROZZI. L'editto publiciano	45
C. FERRINI. Appunti sulla dottrina romana della <i>negotiorum gestio</i>	85
C. FERRINI. Arnob. IV, 16	117
P. BONFANTE. L'eredità e il suo rapporto coi legati	151
Un'iscrizione relativa a L. Javolenus Priscus	202
F. PATETTA. Di un nuovo manoscritto del Codice Epitomato.	203
S. RICCOBONO. Studi critici. - Βιβλία εἰς <i>Julianus ad Minicium</i>	225
V. SCIALOJA. Verbale relativo all'apertura di un testamento del 26 maggio 184.	269
V. SCIALOJA. Capo del testamento di Manio Megonio Leone.	272
G. CHIOVENDA. Le spese del processo civile romano	275

Necrologie: Ilario Alibrandi (per V. SCIALOJA).	120
I. E. Labbé (per C. APPLETON).	128
I. E. Kuntze (per S. RICCOBONO).	135
Giorgio Anselmi	138
G. B. De Rossi (per L. CANTARELLI).	289
C. E. Zachariä von Lingenthal (per C. FERRINI).	299
N. De Crescenzo (per V. SCIALOJA).	302
G. A. Humbert.	306

Notizie	119-307
--------------------------	---------

Recensioni: <i>E. Costa</i> . Papiniano (per C. FERRINI)	308
---	-----

Bullettino bibliografico	143-313
---	---------

Articoli relativi al diritto romano	139-317
--	---------

<i>Sunto dei verbali delle riunioni dell'Istituto</i>	320
---	-----

K
9
375
anno 7

Istituto di diritto romano
"Vittorio Scialoja"
Bullettino

PLEASE DO NOT REMOVE
CARDS OR SLIPS FROM THIS POCKET

UNIVERSITY OF TORONTO LIBRARY
